

944

Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge

Zweite Auflage

I. Teil: Vertragsbestandteile und Irrtum

von

Prof. Dr. Rudolf Leonhard

Studien

zur

Erläuterung des bürgerlichen Rechts

herausgegeben

von

Dr. Rudolf Leonhard
ord. Professor an der Universität Breslau

22. Heft

Der Irrtum
als Ursache nichtiger Verträge

Zweite Auflage

I. Teil: Vertragsbestandteile und Irrtum

von

Prof. Dr. Rudolf Leonhard

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus
1907

16-D-187

16-D-187

VYŘAZENO



Der Irrtum
als Ursache nichtiger Verträge

1630/T

von

Prof. Dr. Rudolf Leonhard

Zweite verbesserte Auflage

Erster Teil

Vertragsbestandteile und Irrtum

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus
1907

75/210

Dem ordentlichen Professor
der Leipziger Juristen-Fakultät

Herrn Geheimen Hofrat Professor Dr. jur. et phil.

Ludwig Mitteis

in aufrichtiger Verehrung

Der Verfasser

Hochverehrter Herr Kollege!

Die zweite Auflage dieser Schrift überreiche ich Ihnen als Dankeszeichen nicht bloss für ihre anregenden Ausführungen über die erste, sondern vornehmlich für die unermüdliche segensvolle Tätigkeit, die Sie neben erfolgreicher Pflege des neuen Gesetzbuchs der Mehrung unseres rechtsgeschichtlichen Arbeitsgebiets widmen.

Breslau, Februar 1907

Rudolf Leonhard

Vorwort zur zweiten Auflage

Eine zweite Auflage darf kein neues Buch sein. Deshalb konnte ich die grosse Fülle wissenschaftlicher Äusserungen über dieses Buch nicht in erschöpfender Weise besprechen. Berücksichtigt habe ich sie alle, soweit ich es vermochte. Dadurch wurden des Verfassers Gegner zu seinen unfreiwilligen Hilfsarbeitern, denen er für die Fortschritte dankt, die er inzwischen gemacht zu haben glaubt.

Wie in der ersten Auflage erscheint der in sich abgeschlossene erste Teil für sich. Der zweite befindet sich im Drucke und wird bald nachfolgen.

Breslau, Februar 1907

R. Leonhard

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	I
Erster Abschnitt: Der Vertragschluss	
§ 1. I. Die Ziele des Verfassers	10
II. Terminologische Missverständnisse	
§ 2. a) Das Wort consensus	20
§ 3. b) Das Wort „Erklärung“	67
III. Allgemeine Gesichtspunkte	
§ 4. a) Die Psychologie des Vertragschlusses	93
§ 5. b) Legislatorische Erwägungen	110
IV. Der Tatbestand des Vertragschlusses	
§ 6. a) Die mehrfachen Willensäußerungen bei dem Vertragschlusse	129
§ 7. b) Die Herstellung des Vertragsinhalts	150
§ 8. c) Der Einfluss des Irrtums auf den Vertragschluss	166
Zweiter Abschnitt: Der Vertragsinhalt	
I. Die Deutung des Vertragsinhalts	
§ 9. a) Die Auslegung ausdrücklicher Äußerungen	174
§ 10. b) Der Sinn stillschweigender Äußerungen	196
§ 11. c) Präsumierte und fingierte Willenserklärungen	216
II. Die Zergliederung des Vertragsinhalts	
§ 12. a) Die Ausscheidung des Vertragsinhalts aus den Partei- verhandlungen	242
§ 13. b) Stillschweigende Bedingung und Beweggrund	256
§ 14. c) Ergebnisse und Rückblick	277

Das Quellenregister folgt am Ende des zweiten Teiles.

Berichtigungen

Seite	40	Zeile	12 und 13	lies	tantum	statt	tantem			
„	45	„	12, 32	§	14					
„	67	„	20	der	Erklärung					
„	83	„	4	vorher,	nicht	vor				
„	105	„	10	der	Vertragschliessende					
„	113	Anm. 4	Zeile 3	von	unten	decedere				
„	116	„	2:	Enneccerus,	Rechtsgeschäft,	Bedingung	und	Anfangs-		
						termin,	Marburg	1889	S. 5 ff.	
„	138	„	2	Zeile	2	von	unten	1. 2	statt	12
„	165	Zeile	5	von	unten	Handlungsunfähigkeit				
„	174	„	4	„	„	19	statt	16		
„	196	„	2	„	„	relata				
„	200	„	4	„	„	festgesetzt				

Einleitung

Für die Richtung, in welche das Beispiel und die Vorträge meines unvergesslichen Lehrers Eck mich gewiesen hatten sollte die Widmung der ersten Auflage einen Dank aussprechen. Auch für die zweite bin ich ihr treu geblieben. Ich dachte dabei an Ecks unablässige Anlehnung¹⁾ aller juristischen Deduktionen an konkrete Vorfälle der Aussenwelt. Dadurch wurde mir die Verantwortlichkeit klar, in deren Zwange nicht nur die juristische Praxis, sondern auch die Theorie als Glied eines kunstvollen, in das Volksleben eingreifenden Mechanismus arbeitet. Zwischen die Quellen des gegebenen Rechtes und die Rechtsanwendung gestellt empfängt die Dogmatik ihren Stoff von den Texten, um daraus die Normen der Berufstätigkeit und die Begriffsformen zu schaffen, die zur richtigen Beurteilung des Lebens erforderlich sind. So ist sie das Zwischenglied einer Kette, welches seiner Bestimmung gemäss funktionieren muss, wenn die heilsamen Gedanken des Gesetzgebers und der Gewohnheitsrechtsbildung verwirklicht werden sollen.

Diese Gebundenheit der rechtswissenschaftlichen Aufgabe nach zwei Seiten hin ist der juristischen Dogmatik nicht eigentümlich; sie folgt vielmehr daraus, dass eine jede Wissenschaft nur in der Auswahl der Aufgaben frei, im übrigen aber durch die Beschaffenheit ihres Stoffes in bestimmte Schranken gebannt ist; und wenn dieser aus Sätzen besteht, welche mit Hilfe der Jurisprudenz den tatsächlichen Erscheinungen des Lebens an-

¹⁾ Die inzwischen veröffentlichten Vorträge Ecks über das BGB. (3 Bände 1903, 1904) haben sie bestätigt.

gepasst werden wollen, so muss die Wissenschaft ihn in dieser seiner Tendenz auffassen und darstellen.

Dieselbe Deduktion, welche der Praktiker macht, wenn er den allgemeinen Satz auf den einzelnen Fall anwendet, braucht auch der Exeget, wenn er aus der einzelnen Quellenentscheidung auf die allgemeine Regel, aus der sie hergeleitet worden ist, einen Rückschluss machen will, nur freilich in anderer Reihenfolge, denn er muss nicht aus dem Rechtssatze und dem Tatbestande einen Schluss ziehen, sondern aus einem Tatbestande und einer Schlussfolgerung den logischen Obersatz des Rechtssatzes gewinnen. Ein solcher Rückschluss ist aber niemals ganz sicher und bedarf daher stets einer Kontrolle aus seinen praktischen Ergebnissen.

Sobald man also die Anlehnung an den konkreten Boden der Wirklichkeit verlässt, läuft man Gefahr, die Quellen misszuverstehen und sich in unfruchtbare Theoreme zu verirren.

Daran hat sich auch durch das neue Gesetzbuch wenig geändert. Es hat die Kausalreihe zwischen den römischen Texten und dem geltenden Rechte nicht zerschnitten, sondern nur Zwischenglieder in Form von Gesetzestexten eingeschoben. Was früher Gesetzesbuchstabe war, ist jetzt Auslegungsmittel für die neuen Texte geworden, die es aus sich heraus geboren hat.

Der Satz, dass das Gewordene nur aus dem Werden erklärt werden kann¹⁾, gilt auch von der vorliegenden Schrift.

Dass man alltägliche Fragen des Geschäftslebens von tief-sinnigen psychologischen Unterscheidungen abhängig machte, war für den Verfasser ein Stein des Anstosses. Ausserdem vermochte er mit dem besten Willen nicht aus dem corpus iuris civilis diejenigen Sätze herauszulesen, welche man als römisches Recht bezeichnete.

Ihn erschreckte die ausserordentliche Unsicherheit, in welche die Praxis nach der bisher herrschenden Lehre geraten musste, sobald sie danach fragte, ob ein Irrtum im „Geschäftswillen“ oder im „Beweggrunde“ liege. Man brauchte ein sicheres Merkmal für die Grenzscheide zwischen diesen beiden philosophischen

¹⁾ I. 1 dig. de origine iuris 1, 2 (Gajus).

Begriffen. Diese Grenzscheide läuft aber durch ein Labyrinth psychologischer Vorgänge, in welchem sich heimisch zu fühlen dem Durchschnitte der Juristenwelt niemals gelingen wird. Der Verfasser vermisste daher in einer Lehre, deren Anwendung eingehende psychologische Studien voraussetzt, die genügende Anschaulichkeit für die Beurteilung der Vorfälle des wirklichen Lebens¹⁾.

Deshalb hielt er es keineswegs für genügend, nur die von anderen gegen die herrschende Meinung in das Feld geführten Angriffsmittel zu sammeln²⁾. Gegen die Berücksichtigung von Irrtümern, deren Wesentlichkeit bei dem Vertragschlusse nicht erkennbar hervortritt, war schon so vieles und so Treffliches ausgeführt worden, dass man beinahe zweifeln konnte, ob diese Meinung nur in ihrem Herrschaftsbesitze gestört oder vielleicht schon aus demselben verdrängt war. Trotzdem sicherten zwei Umstände der angefochtenen Ansicht die Herrschaft. Zunächst stimmte sie mit den Sätzen, die man für quellenmässig hielt, besser überein, als die Ansichten der Gegner³⁾. Diese letzteren hatten die legislatorische Vortrefflichkeit ihrer Ansicht zu stark betont und sich dadurch dem unbegründeten Verdachte ausgesetzt, dass bei ihnen der Wunsch der Vater des Gedankens sei⁴⁾. Sodann erfreute sich die herrschende Meinung zwar

¹⁾ Das BGB. hat freilich den Satz der ersten Lesung § 102: „Ein Irrtum in den Beweggründen ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt, auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes ohne Einfluss“ gestrichen. Er hat sich aber doch längst wieder auf der Hintertreppe der Auslegung in das geltende Recht eingeschlichen. Doch setzt man jetzt den Beweggrund im Gegensatz zum Geschäftsinhalt, nicht zum Geschäftswillen. Darin liegt allerdings ein Fortschritt; vgl. des Verfassers allg. Teil des BGB., Berlin 1900 S. 517 ff. Näheres unten § 13.

²⁾ Vgl. namentlich Hartmann in den dogm. Jahrb. „Wort und Wille im Rechtsverkehr“ Bd. 20 S. 1 ff., dessen Ergebnisse auf ganz anderem Wege gewonnen waren.

³⁾ Vgl. z. B. die Ausführungen Regelsbergers in Endemanns Handb. des deutschen Handelsrechts Bd. II S. 405 Anm. 2; vgl. aber auch S. 407 Anm. 11. Was zwischen der ersten und zweiten Auflage im gleichen Sinne veröffentlicht ist, soll gelegentlich erwähnt werden, insoweit der Umfang und der Plan des Buches es gestatten.

⁴⁾ Vgl. z. B. Demelius, welcher (in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Wien 1882 Bd. 9 S. 321) meinte, dass die der herr-

mangelhafter, aber doch immerhin bestimmt gefasster Formeln, wie sie von der Praxis niemals aufgeopfert werden, wenn ihr nicht ein tauglicher Ersatz dargeboten wird.

Leider hatte ein Teil ihrer Gegner (namentlich Bähr) die Beweisführungen aus den Quellen aufgegeben.

Gerade hier suchte der Verfasser einzusetzen und aus einer möglichst sorgfältigen Einzelexegese Grundsätze, welche man sehr mit Unrecht nur auf allgemeine Deduktionen stützt, als feste Tatsachen der Geschichte zu erweisen¹⁾.

Hierbei musste sich freilich herausstellen, dass die Zähigkeit, mit welcher die herrschende Meinung einigen übertriebenen Lehren der Neuerer widerstand, nicht völlig unberechtigt war.

Aus den gewonnenen Resultaten hatte die erste Auflage einige einfache Sätze gebildet, von welchen der Verfasser hoffte, dass sie an die Stelle des bisherigen verwickelten Apparates der Irrtumslehre treten könnten. Diese Hoffnung hat sich nun freilich weder erfüllt, noch scheint sie in Zukunft erfüllbar zu sein, da das gemeine Recht nicht mehr gilt. Man kann freilich nicht mehr aus den Einzelentscheidungen der Quellen Sätze entwickeln, die um ihres Ursprungs willen Geltung beanspruchen. Allein, mag das gemeine Recht abgestorben sein, die Quellenexegese ist es nicht. Wie der Grammatiker auch der toten Sprache gegenüber das Recht behält, ihre Erscheinungen in Regeln zu fassen, so darf auch der Dogmatiker als Lehrer der Rechtsanwendungskunst das Gleiche gegenüber allen den Texten des toten Rechtes, deren Inhalt in den lebendigen Vorschriften des Gesetzbuches nachwirkt.

So ist denn namentlich für die Irrtumslehre das Vereinfachungsbedürfnis durch das neue Gesetzbuch eher verstärkt als vermindert worden.

schenden Meinung entgegengesetzte Ansicht von „kühneren Interpreten in die Quellen hineingetragen“ worden sei, sicherlich der schwerste Vorwurf, welchen man der Exegese machen konnte. Nicht durch Kühnheit sondern durch Sorgfalt der Exegese war die übliche Lehre zu bekämpfen.

¹⁾ Eine kurze Inhaltsangabe der ersten Auflage dieser Schrift findet sich in den Gött. gel. Anzeigen 1883 S. 176 ff.

Dass die Berichtigung eines Übersetzungsfehlers (consensus) auch für sich allein durch ihre Bedeutung für die Altertumswissenschaft internationalen Wert hat, bedarf keiner besonderen Hervorhebung.

Dem Verfasser schwebt freilich noch ein höheres Ziel vor. Er glaubt an eine moderne Rechtsanwendungslehre, die sich aus der Quellenexegese entwickelt hat und eine juristische Begriffslehre auf dem Boden der geschichtlichen Entwicklung in sich schliesst, wie man sie früher unter dem unpassenden Namen Pandekten pflegte. Wenn ein kurzsichtiger Studienplan sie aus unserem Unterrichtswesen herausgestrichen hat, so ist sie darum nicht verschwunden. Diesem Ziele sollte die Schrift vornehmlich dienen und ihre Beachtung im Auslande¹⁾ beweist, dass eine internationale Rechtsanwendungslehre in der Tat besteht. So soll denn auch die zweite Auflage über das zurzeit bei uns geltende Recht hinaus gehen und auf Grundsätze hinzielen, die sich aus den römischen Quellen für die gemeinsamen Bedürfnisse der Kulturvölker der Gegenwart gewinnen lassen.

Aus einer solchen Quintessenz der Quellen lassen sich Lücken und Dunkelheiten der einzelnen Gesetzbücher der zivilisierten Welt in gemeinsamer Weise ergänzen.

Die Schwierigkeit der gestellten Aufgabe würde den Verfasser sicherlich zurückschrecken, wenn ihm nicht aus dem Quellenstudium heraus allmählich die Überzeugung emporgetaucht wäre, dass die gesamte Aufgabe, so vielgestaltig sie sich auch darstellt, doch in einem einzigen unscheinbaren Punkte zusammenläuft, welcher als Standort über ein Gebiet, das von anderer Stelle aus wie ein Labyrinth erscheint, einen klaren Überblick gewährt²⁾. Dieser eine Punkt, zugleich Ausgangs-

¹⁾ Vgl. zuletzt Edwin C. Mc Keag, *Mistake in contract*, New York 1905 (Columbia University) 34 ff., gegen Holland, *Elements of Jurisprudence* p. 114, der sich der ersten Auflage dieser Schrift angeschlossen hatte. Hierüber näheres unten.

²⁾ Wenn Isay (*Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem BGB.*, Jena 1899 S. 14 Anm. 1) meint, dass ich meinen Standpunkt in dieser Hinsicht im Artikel consensus (Pauly-Wissowa, *Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft*) aufgegeben habe, so beruht dies auf einem Missverständnisse. Ich habe ihn vielmehr dort noch strenger festgehalten und mich noch entschiedener als früher gegen die verfehlte Deutung

und Übersichtsstelle, liegt nicht in den entlegenen Schluchten einer halsbrecherischen Dialektik, sondern es handelt sich um die Beseitigung eines Fehlers ganz untergeordneter Art, eines gewöhnlichen Übersetzungsfehlers. Die Berichtigung der Übersetzung des Wortes consensus ist bereits von Röver¹⁾ ange-regt, aber nicht genügend beachtet worden. Diese wollte der Verfasser als einen von den Bauleuten verworfenen Eckstein der Quellenexegese zu Ehren bringen. Sie lässt uns die Voraussetzungen eines gültigen Vertrages mit Leichtigkeit beantworten. Sie führt uns zu einer Berechtigung und Erweiterung der Lehre vom Vertragsinhalte, namentlich der stillschweigenden Erklärung und Bedingung und damit zu dem Hauptschlüssel der Irrtumslehre. Diesen sieht der Verfasser in dem Satze, dass der Irrtum in zwei Fällen nichtige Verträge nach sich zieht, einmal, wenn die Vertragserklärungen sich nicht untereinander decken (dissensus), und zweitens, wenn ein Umstand nicht wahr ist, welchen die Parteien für wahr halten, aber trotzdem ausdrücklich oder stillschweigend zur Bedingung der Gültigkeit des Geschäfts gemacht haben.

Beide Fälle lassen sich aber in einer einfachen Formel als Ausfall einer Bedingung des Nichtirrtums zusammenfassen.

In beiden Fällen ist die Nichtigkeit wegen Irrtums eine Sache der richtigen Vertragsauslegung. Die Nichtigkeitsfrage ist hier eine Auslegungsfrage.

Daran hält die zweite Auflage unbedingt fest und zwar nicht nur für das römische Recht, sondern auch für die gemeinsamen Rechtsanschauungen der zivilisierten Völker der Gegenwart, insbesondere auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, das von der Nichtigkeit der Geschäfte wegen Irrtums überhaupt nicht redet, sondern nur ihre Anfechtbarkeit wegen Irrtums regelt²⁾.

des Wortes consensus erklärt. Nur in der Formulierung der Konsequenzen der richtigen Übersetzung habe ich den Gegnern einige Zugeständnisse gemacht, die die Übersetzungsfrage selbst nicht berühren. Der Artikel mag als Ergänzung dieser Schrift dienen.

¹⁾ Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874 S. 24.

²⁾ Gefährlich ist daher der übliche Ausdruck „wesentlicher Irrtum“ für

Was das BGB. freilich über Anfechtbarkeit der Geschäfte wegen Irrtums bestimmt (§§ 119 ff.), ist im wesentlichen un-römisch, aber trotzdem von romanistischen Gedanken beeinflusst. Darum handelt es sich aber zunächst nicht, sondern um die wahre Nichtigkeit in Irrtumsfällen, die auf den allgemeinen Vorschriften über die Erfordernisse des Vertragschlusses und des Vertragsinhaltes beruht¹⁾.

Anfechtbare Geschäfte müssen immer die Fähigkeit haben, vorläufig oder bei dem Fortfalle des Anfechtungsrechts endgültig zu wirken. Wo der Irrtum diese Eigenschaft ausschliesst, da liegen noch jetzt nichtige Geschäfte vor.

Darum ist die in dieser Schrift entwickelte Lehre vom Irrtume als Nichtigkeitsgrund von dem Herrschaftsbeginn des BGB. unberührt geblieben. Sie gilt weiter auf neuer Grundlage. Zwar leitet sie ihre Kraft nicht mehr daraus ab, dass sie das Ergebnis einer Zusammenfassung der römischen Quellen ist, wohl aber ist sie die unabweisbare Folgerung aus klaren allgemeinen Vorschriften des BGB.

Das alles gilt aber nur von dem Irrtum als Nichtigkeitsgrund, nicht von der Anfechtung der Geschäfte wegen Irrtums. Diese Anfechtungslehre ist eine zweite Lehre, die zur Ergänzung der erstgenannten nötig ist und auf einer ganz anderen Grundlage ruht²⁾.

Die erste Auflage hatte diese Anfechtungsfrage übergangen,

den als Nichtigkeitsgrund wesentlichen Irrtum, da der als Anfechtungsgrund wichtige natürlich ebenfalls wesentlich ist, nur in einem anderen Sinne.

¹⁾ Vgl. meine Ausführungen in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1905 Heft 1 S. 20 ff. Eine Übersicht über den Stand der Frage bietet die Doktorschrift von Martin Manasse, Die Anfechtung wegen Irrtums bei Geschäften des Vermögensrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Breslau 1906.

²⁾ Dies betonte der Verfasser in seinem Juristentagsgutachten (Bd. III S. 23 ff. der Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages), das als besondere Schrift erschienen ist: Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889 S. 65 ff. Noch ausführlicher unterscheidet die Nichtigkeit und Anfechtung in sehr beachtenswerten Ausführungen v. Hollander, Zur Lehre vom „error“ nach römischem Recht, Habilitationsschrift, Halle a. S. 1898, wo übrigens das oben angeführte Gutachten des Verfassers übersehen ist.

die zweite will sie so scharf wie möglich von der Nichtigkeitsfrage absondern.

Das BGB. hat die Anfechtung wegen Irrtums inzwischen geregelt¹⁾, die Nichtigkeit aber mit Recht unberührt gelassen, weil sie aus allgemeinen Vorschriften erschlossen werden kann und muss. Seitdem kann man diese beiden Erscheinungen nicht mehr getrennt behandeln; sonst läuft man Gefahr, sie zu verwechseln und zu verwirren.

Zum Schlusse muss der Verfasser noch auf Missverständnisse hinweisen, die sich der unbefangenen Würdigung des Inhalts der ersten Auflage in den Weg gestellt haben²⁾.

Man hat vielfach geglaubt, dass der Verfasser einen allgemeinen Lehrsatz suchte, der schon den römischen Juristen klar vor Augen stand.

Diese römischen Juristen schufen aber ihr Recht vornehmlich in einzelnen Aussprüchen, wie das Volk die Sprache schafft. Unsere Aufgabe ist es, dieses „einzelne zur allgemeinen Weihe“ zu führen, wie es der Grammatiker tut. Die moderne romanistische Rechtsanwendungslehre rekonstruiert nicht altertümliche Theorien³⁾, sondern knetet aus dem römischen Stoffe Formen, die dem lebendigen Bedürfnisse dienen. Nicht eine schon in alten Zeiten vorhandene Einheit der Texte sucht sie, sondern eine neue Vereinigung durch eigene Kraft.

¹⁾ Über die Anfechtbarkeit der Verträge wegen Irrtum vgl. des Verfassers Schrift: Der Allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900 S. 481 ff., und unten § 33.

²⁾ Hierher gehört auch das Schlusswort Dunckers in der im übrigen höchst wohlwollenden Kritik im holländischen Rechtsgeleerd Magazijn (Bd. III 1884 S. 262), das von „eene hooge mate van partijdigheid in de nitlegging“ redet, vgl. dagegen die Bemerkungen des Verf. in den Verhandl. des XX. deutschen Juristentags Bd. III S. 47 (Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1889 S. 24).

³⁾ Vgl. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1889 Bd. II S. 63: „Was ich im Jahre 60 geschrieben (KrVJSchr. III S. 101) — Zu systematischem Abschluss und harmonischer Ausgleichung aber haben sie (die Römer) diese Lehre nicht durchgeführt — das ist durch die spätere Literatur, namentlich die Quellenforschungen Zitelmanns und Leonhards keineswegs widerlegt“. Ich habe Bekker nicht widerlegen wollen. Sein Ausspruch war leider nur allzu wahr, aber nicht bloss für die Irrtumslehre, sondern nahezu für das ganze Rechtsgebiet.

Dies war die Aufgabe dieser Schrift.

Darum trifft sie auch nicht der Vorwurf¹⁾, dass des Verfassers allgemeine Irrtumslehre in der ihr gegebenen Form aus den Quellen nicht ersichtlich sei und darum ihnen nicht entspreche. In dieser Bemerkung zeigt sich ein Missverständnis, das leider nicht bloss für seinen unmittelbaren unbedeutenden Gegenstand, die Schrift des Verfassers, sondern für die Fortentwicklung der gesamten Rechtswissenschaft beklagenswert ist: die Verwechslung der wissenschaftlichen Wiederaufdeckung altrömischer Gedanken mit der Neuschöpfung moderner Grundsätze aus altrömischen Bausteinen²⁾. Die Gedanken der Pandektenlehre stecken nicht ihrer Form nach in den einzelnen Texten, sondern sind in Anpassung an deren Inhalt durch Verallgemeinerung neu entwickelt worden³⁾.

Deshalb bittet der Verfasser in seiner Irrtumslehre nichts anderes zu suchen, als was sie zu bieten anstrebt, d. h. eine nachrömische allgemeine Formel für einen in einzelnen Entscheidungen überlieferten altrömischen Rechtszustand⁴⁾.

¹⁾ v. Hollander, Zur Lehre vom error nach römischem Recht S. 7.

²⁾ Vgl. hierüber des Verf. „Stimmen des Auslandes über die Zukunft der Rechtswissenschaft“, Breslau 1906 S. 100.

³⁾ In diesem Sinne sprach Savigny vom „heutigen römischen Rechte“ das aus römischen Bruchstücken der Gegenwart angepasst worden, in Wahrheit also nachrömisches Recht ist. In seinem Sinne ist der Titel dieser Schrift zu erläutern.

⁴⁾ Am Schlusse der Einleitung fanden sich in der ersten Auflage noch einige methodologische Erörterungen. Diese erübrigen sich jetzt durch anderweitige Ausführungen des Verf. über den Stoff der Rechtswissenschaft und seine Behandlung in seinem „allgemeinen Teil des BGB.“, Berlin 1900 S. 39 ff., sowie durch seine Schrift: „Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft“, Breslau 1900 [Stud. z. Erläut. d. bürgerl. Rechts, Heft 1].

Erster Teil

Vertragsbestandteile und Irrtum

Erster Abschnitt

I. Das Ziel des Verfassers

§ 1.

Unsere Quellen lassen wichtige rechtliche Wirkungen aus einem Tatbestande entstehen, welchen sie unmittelbar oder mittelbar als consensus bezeichnen. Es gehört dahin namentlich die Übertragung des Eigentumes¹⁾, die Begründung²⁾ und Aufhebung³⁾ dinglicher Rechte an fremden Sachen, z. B. des hypothekarischen Pfandrechtes⁴⁾, ferner die Erzeugung⁵⁾, Abänderung⁶⁾, Übertragung⁷⁾ und Aufhebung⁸⁾ von Forderungen, endlich die Begründung⁹⁾ und Aufhebung¹⁰⁾ gewisser Familienrechte.

¹⁾ Hier genügt freilich nicht ein blosser consensus, aber trotzdem ist ein Konsens unerlässlich. § 40 inst. de rer. divis. 2, 1 l. 9. § 3 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1, l. 55 dig. de obl. et act. 44, 7.

²⁾ § 4 inst. de serv. 2, 3. § 1 inst. de usufructu 2, 4, l. 3 pr., l. 25. § 7 dig. de usufr. 7, l. c. 3, Cod. de serv. 3, 34, Gajus II 29—32, c. 1 Cod. de iure emphyteutico 4, 66. § 3 inst. de locatione III 24 l. 1. § 1 dig. de superficiebus 43, 18.

³⁾ § 3 inst. de usufr. 2, 4 l. 14. § 1 dig. de serv. 8, 1.

⁴⁾ l. 4 dig. de pign. 20 l. c. 2, Cod. de rem. pign. 8, 25 (26).

⁵⁾ Gajus III 89, 119, 135, 154 a, l. 19 dig. pro socio. 17, 2 u. a.

⁶⁾ l. 25 pr. de pecunia const. 13, 5 l. 1. § 5 eod.

⁷⁾ titulus dig. 18, 4.

⁸⁾ § 4 inst. quib. mod. toll. obl. 3, 29.

⁹⁾ l. 2 dig. de sponsal. 23, 1.

¹⁰⁾ § 8 inst. quib. mod. 1, 12.

Die Frage nach der Bedeutung dieses Wortes ist also präjudiziell für die wichtigsten Lehren des Zivilrechtes. Die Lehre von der Entstehung, Änderung, Übertragung und Aufhebung der Rechte sowohl im allgemeinen als auch bei den wichtigsten einzelnen Privatrechten hängt hiervon ab¹⁾. Das gilt auch für das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, das im grossen und ganzen, da wo das römische Recht einen consensus verlangte, mit seinen ähnlichen Ausdrücken das ältere Recht im wesentlichen aufrecht erhalten will, wenn auch, wie wir sehen werden, sein Vertragsbegriff über den römischen consensus hinausgreift.

Will man nun gar die Frage beantworten, inwieweit ein Irrtum einer Parteiverhandlung die Merkmale eines wirklichen Vertrages raubt, so muss man in der Erklärung des Wortes consensus eine unumgängliche Vorarbeit sehen.

Nun hat aber gerade diese Auslegung eigentümliche Schicksale gehabt.

Vergegenwärtigen wir uns den ausserordentlichen Einfluss des Werkes „De verborum significatione“ von Brissonius auf die Exegese und die Ausdrucksweise der lateinisch redenden Jurisprudenz und der aus ihr herausgewachsenen modernen Denk- und Redeweise, so werden wir eine von ihm vertretene Auslegung selbst dann gewisslich nicht gering veranschlagen, wenn wir sie nicht für richtig halten können. Dies ist der Fall hinsichtlich der Erklärung des Wortes velle: Velle apud jurisconsultos²⁾ est, expressis et disertis verbis testari et profiteri se velle, ut ex diverso nolle est vetare et contradicere et ita declarare. Zu deutsch: Velle

¹⁾ Dass sie auch für das öffentliche Recht, welches das ganze Mittelalter hindurch zivilrechtliche Grundsätze in sich aufnahm, bedeutsam ist, braucht der Verfasser wohl nicht erst zu erweisen.

²⁾ Der grosse Gelehrte berührt hier eine für die juristische Begriffslehre grundlegende Tatsache; den Dualismus der Redeweise des Juristenberufs und der gemeinen nichtjuristischen Sprache des Volks; vgl. auch schon Knigge, Über den Umgang mit Menschen (Reclams Universalbibliothek Nr. 1138/1140 S. 333, 334), nach dem „juristischer Ausdruck nicht selten einer andern Auslegung fähig ist als gewöhnlicher Ausdruck, und juristischer Wille oft das Gegenteil von dem, was man im gewöhnlichen Leben Willen nennt“.

heisst „eine ausdrückliche Willenserklärung abgeben“. Seitdem wir das römische Recht verdeutschten und namentlich die Ausdrücke, welche das philosophische Gebiet streifen, mit besonderer Schärfe zergliedern, wissen wir, dass Brissonius sich geirrt hat, dass „velle“ vielmehr eine mehrfache Bedeutung hat und jedenfalls bisweilen die Willenserklärung — dann aber freilich auch die stillschweigende —, oftmals aber — z. B. in der berühmten *lex 3 dig. de rebus dubiis* 34, 5 — ohne Zweifel einen inneren Willen bezeichnet. Zugleich ist es aber auch klar, wodurch gerade ein hervorragender Praktiker zu jenem Übersetzungsfehler verleitet wurde. Man braucht nur einer einzigen Gerichtssitzung beigewohnt zu haben, um zu wissen, dass im täglichen Leben für den inneren Willen und seinen äusseren Ausdruck unterschiedslos der Name „Wille“ gebräuchlich ist, weil beide in der Regel praktisch gleichwertig und miteinander verbunden sind¹⁾.

Solange der Übersetzungsfehler des Brissonius herrschte, konnte man unter der üblichen Bezeichnung des *consensus*²⁾ als einer „Übereinstimmung zweier Willen“ nur die „Übereinstimmung des Inhaltes zweier Erklärungen“ oder, wo es sich um den *consensus* eines einzelnen handelt, dessen „beistimmende Erklärung“ verstehen. In diesem Sinne erscheint der Konsensbegriff noch bei Glück, denn obwohl auch er³⁾ davon spricht, dass zu einem gültigen Vertrage eine Willensübereinstimmung gehöre, so lassen doch seine weiteren Auslassungen⁴⁾ auch nicht den geringsten Zweifel darüber, dass er als wesentlichste Voraussetzung eines Vertrages nur zwei Erklärungen, die nach ihrem der andern Partei erkennbaren Inhalte sich decken, keineswegs aber daneben noch die Harmonie innerer, bei dem Vertragsschlusse nicht erkennbarer, Absichten verlangt.

Auch Savigny ist von dieser Ansicht durchaus nicht, wie man meint, abgewichen. Sehr mit Unrecht schreibt man ihm

¹⁾ Vgl. Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874 S. 22.

²⁾ Vgl. Brissonius s. voce *consensus*.

³⁾ Pandektenkommentar Bd. 4 S. 147.

⁴⁾ S. 50 a. a. O.

die Meinung zu, dass eine *lex contractus* nur dann gelten könne, wenn sie sich mit den inneren Einzelwillen eines jeden der beiden Kontrahenten decke und dass namentlich der Einzelkontrahent an seine zweifellose Erklärung nur dann gebunden sei, wenn ein sogen. „wahrer innerer Wille“ hinter ihr stehe. Es ist richtig, dass Savigny sich nicht ganz sorgfältig ausgedrückt hat, wenn er, (*System* Bd. III S. 308) von den Erfordernissen des Vertrages redend, bemerkt:

„Diese Mehreren (die *Paciscenten*) müssen irgend etwas, und zwar beide dasselbe, bestimmt gewollt haben, denn solange „noch entweder Unentschiedenheit oder Mangel an Übereinstimmung vorhanden ist, wird niemand einen Vertrag annehmen „können“.

Trotzdem würde doch nur eine oberflächliche Betrachtung aus diesem Satze die Folgerung herleiten können, dass Savigny auch bei voller Übereinstimmung des Sinnes der Erklärungen jedesmal auf einen abweichenden Einzelwillen Gewicht legte; denn das Wörtchen „noch“ in dem angezogenen Satze beweist, dass hier nicht von abgeschlossenen Vertragserklärungen die Rede ist, sondern nur von schwebenden Vorverhandlungen. Dass zu dem fertig vorliegenden Vertrage nach seiner Meinung die innere Willensübereinstimmung nicht unbedingt gehören soll, ist durch die Definition des Vertrages S. 309 ausser Zweifel gestellt: „Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden“.

Von der inneren Willensharmonie, welche noch neben den sich deckenden Erklärungen stehen soll, findet sich hier keine Spur.

Allerdings heisst es im *System* Bd. III S. 6, die Willenserklärung erscheine bisweilen als übereinstimmender Wille des Beteiligten mit dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen, das heisst als Vertrag, allein, dass Savigny hier das Wort „Wille“ nicht als einen psychologischen Vorgang¹⁾, sondern in dem Sinne des Brissonius als den Gedanken ver-

¹⁾ Wie es am schärfsten von Brinz, *Pand.* Bd. 1 S. 1574 § 359, behauptet worden ist.

standen haben will, der in der Erklärung hervortritt, muss daraus entnommen werden, dass er den übereinstimmenden Willen ausdrücklich als eine Unterart des Begriffs Willenserklärung hinstellt.

Es scheint aber, als habe Savigny das Bedürfnis gefühlt, etwaigen Missverständnissen seiner Meinung durch einen besonders klaren Ausspruch vorzubeugen; denn er bemerkt (System Bd. III S. 259):

„Demnach darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist oder wird“.

Dieser Satz wird mit der grössten Unbefangenheit als eine selbstverständliche Wahrheit vorgetragen. Dass Savigny etwa eine mit der eigenen Lehre im Widerspruch stehende Konzession an eine „gegnerische Theorie“¹⁾ bezweckt habe, darauf deutet nicht das geringste hin. Es würde in der Tat schwer sein, die wissenschaftlichen Gegner zu nennen, welchen entgegengekommen Savigny damals Veranlassung hatte. Dass aber jener Satz nicht eine prinziplose Ausnahme war, sondern auf Savignys Grundauffassung von dem Zwecke des staat-

¹⁾ So nennt Zitelmann in den dogmatischen Jahrbüchern Bd. 16 S. 359 die Auslassungen Savignys in seinem System Bd. III S. 258 ff. Es ist überhaupt auffallend, wie wenig die zitierte Auslassung Savignys vor der ersten Auflage dieser Schrift beachtet wurde. Windscheid in seinem Aufsatz „Wille und Willenserklärung“, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 72 ff., und Zitelmann in den 614 Seiten seines „Irrtum und Rechtsgeschäft“ erwähnten sie nicht. Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Rostock 1874, behauptete S. 1, dass die seiner (und Savignys) Meinung entgegengesetzte Ansicht (!) von jeher einstimmig (!) anerkannt worden sei. Bekker, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. III S. 183, erwähnte sie freilich, er berichtete aber S. 200 einen Fall nicht erkennbarer Personenverwechslung mit dem Bemerkten, kein Gerichtshof werde aus Respekt vor der Autorität Savignys einen solchen Irrtum für erheblich halten, während diese Verwechslung nach Savignys zitierter Ansicht gleichgültig sein würde. Auch in Bd. 22 der Kritischen Vierteljahrsschrift S. 50 schrieb er die Schuld des Fortbestandes der herrschenden Lehre dem Umstande zu, dass Savigny sie in eine relativ annehmbare Form gebracht hat, während er doch S. 51, 52, 55 ff. durchaus in trefflichster Weise im Sinne der angezogenen Behauptung Savignys argumentiert (so auch System des heutigen Pandektenrechts II S. 54 ff.).

lichen Vertragsschutzes beruhte, erweist seine Bemerkung (Bd. III S. 258), dass „alle Rechtsordnung auf der Zuverlässigkeit jener Zeichen beruht, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können“¹⁾. Diese lässt über seine eigentliche Meinung keinen Zweifel übrig.

In der Tat wurde hier nur eine altbekannte Wahrheit wiederholt, die z. B. schon Samuel Pufendorf²⁾ und sogar schon Ulpianus in der I. 1 pr. dig. de pactis II 14³⁾ auf das deutlichste auseinandergesetzt hatten, indem sie hervorhoben, dass der Staat vor allem die fides humana schützen müsse, die Sicherheit des Rechtsgenossen, auf ein gegebenes Wort des andern vertrauend, seine wirtschaftlichen Pläne zu entwerfen, mit andern Worten: die Abhängigkeit der rechtlichen Behandlung der Geschäfte von deren Zuverlässigkeitsbedürfnis.

Die Theorie Savignys lässt sich also dahin zusammenfassen: „Zwei oder mehrere übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen sind dann rechtswirksam, wenn das Zuverlässigkeitsbedürfnis der Rechtsgeschäfte ihre Wirksamkeit verlangt“.

Dies ist die bis und bei Savigny herrschende Meinung⁴⁾, von welcher der Verfasser auf das lebhafteste wünscht, dass

¹⁾ Ähnliche Ausführungen finden sich freilich auch bei Anhängern der herrschenden Meinung, z. B. Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts Bd. I § 104; vgl. hierzu Windscheid-Kipp 9. Aufl. I § 75: „Wenn jemand sagt: ich will, so wird solange angenommen, dass er wirklich wolle, bis aus subjektiv erkennbaren Tatsachen sein Nichtwollen dargetan ist. Nur das will Savigny S. 259 sagen“ (dasselbst noch weitere Literatur). Ob diese Deutung der von Savigny verlangten „Zuverlässigkeit der Zeichen“ entspricht, überlasse ich der unbefangenen Beurteilung des Lesers.

²⁾ de officio hominis et civis secundum legem naturalem lib. I cap. IX § 3.

³⁾ Dieser für die Pandektenauslegung und Rechtsanwendung hochwichtige Grundsatz verdient nicht den ihm neuerdings zuteil gewordenen Namen einer „allgemeinen Phrase“. Er betrifft eine Hauptvorbedingung des menschlichen Zusammenlebens, und wenn die Rechtsprechung ihn missachten würde, so würde dies die unheilvollsten materiellen Nachteile zur Folge haben (vgl. auch die vortrefflichen legislatorischen Ausführungen von Cujacius ad I. 1 dig. de pactis 2, 14, op. Neapol. 1758, I p. 796 sq.).

⁴⁾ Beweise aus der Praxis in des Verf. Schrift: Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1889, S. 41 ff.; Verhandl. des zwanzigsten Juristentags Bd. III S. 63 ff.

sie nach kurzer Beseitigung wieder den ihr gebührenden Ehrenplatz einnehmen möge. Savigny unterscheidet also drei Fälle:

1. Der Sinn der übereinstimmenden Erklärungen deckt sich mit dem übereinstimmenden inneren Willen.

2. Der Sinn der übereinstimmenden Erklärungen geht auf etwas anderes als die inneren Willen, ohne dass das Zuverlässigkeitsbedürfnis ihre Gültigkeit verlangt (nichtige Verträge).

3. Der Einzelwille weicht in nicht erkennbarer Weise von dem Inhalt der übereinstimmenden Erklärung so ab, dass das Bedürfnis der Zuverlässigkeit des Geschäfts trotzdem dessen Gültigkeit verlangt (gültige Verträge)¹⁾. Es kommt also nach Savigny schlechterdings nicht durchweg auf den inneren Willen und auch nicht durchweg auf die Erklärung an, sondern in den Fällen 1 und 2 auf den ersteren, im Fall 3 auf die letztere, und der Grund dieses Unterschiedes ist aus dem Zwecke des Vertragsschutzes und dem Zuverlässigkeitsbedürfnisse trefflich motiviert.

Man möchte vielleicht die Frage aufwerfen, wie es kam, dass eine so vorzüglich begründete Ansicht so bald die Herrschaft verlor, dass der von Savigny angewandten Bedeutung des Wortes „Wille“ so bald eine andere substituiert und demnächst der Fall Nr. 3 anders entschieden wurde. Der Verfasser konnte sich dies in der ersten Auflage nicht anders erklären, als aus Nachwirkungen der Naturrechtsanschauungen und aus einem Bestreben, philosophische Begriffe in die Jurisprudenz hineinzuziehen, welches sich an einer unrichtigen Stelle betätigte²⁾. Neuerdings sieht er die unausrottbare Wurzel des verhängnisvollen Sprachgebrauchs in einer unüberwindlichen Unklarheit des vieldeutigen Wortes „Wille“ und des Unterschiedes, der zwischen seiner natürlichen und seiner juristischen Bedeutung besteht.

¹⁾ Die aber immerhin wegen Irrtums anfechtbar sein können (vgl. oben Vorwort S. 7).

²⁾ Es ist diese Richtung ganz in Übereinstimmung mit einem Grundgedanken der Naturrechtsschule, der durchaus unhistorischen Theorie Rousseaus von dem Wesen des Staats als einer freien Schöpfung der Untertanen. Nimmt man an, dass das Staatswesen vom einzelnen abhängt, wie sollte man dann wohl der *lex privata* eine Wirkung beimessen, welche man nicht einmal der *lex publica* zuerkennt?

Soviel steht fest, dass allen, die sich der in Savignys Worten klar ausgesprochenen Ansicht anschliessen, die Vorteile und Nachteile des Scheins einer Neuerung zuteil werden¹⁾. Darum ist gerade die Übereinstimmung der ersten Auflage dieser Schrift mit der Lehre Savignys besonders eifrig bestritten worden, ein Beweis für das noch immer fortlebende Ansehen dieses Gelehrten²⁾.

Der Hauptgrund, auf den sich dieser Widerspruch stützt, war schwer vorherzusehen. Man legte und legt das Hauptgewicht auf die Stelle, an der Savigny seine grundlegende Meinung ausspricht. Es geschieht dies bei der Erörterung der bösslichen *Mentalreservation*³⁾. Was Savigny als Leitstern hervorhebt: das Bedürfnis der Zuverlässigkeit der Geschäftserklärungen, das passt aber nicht bloss auf arglistige *Mentalreservations*, sondern ebensogut auf die andern Fälle, in denen jemand seinen nicht erkennbaren Willen gegenüber einer Äusserung, die der Zuverlässigkeit bedarf, nachträglich hervorkehren will, also auf die kasuelle und kulpose *Mentalreservation* genau so, wie auf die *dolose*. Zuzugeben ist höchstens, dass man eine böswillige Enttäuschung härter beurteilen wird, als eine fahrlässige.

Savigny spricht also ganz allgemein für die Zuverlässigkeit des Geschäftsverkehrs. Weiter unten wiederholt er diesen Satz nun nicht jedesmal, wo er in Frage kommt, also namentlich auch nicht in der Irrtumslehre. M. E. deshalb nicht, weil er von seinem Leser voraussetzt, dass dieser sich jenes klaren

¹⁾ Zitelmann zitiert zwar Savigny III S. 258 (dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 359), bezeichnet aber (S. 422) die entgegengesetzte Meinung als eine „alte herrschende“, welche den Besitzstand für sich habe, gleich als ob Savignys Wort ohne jede Bedeutung wäre. Auch Röver zollt dieser Ansicht die Anerkennung einer bisher unangefochtenen Lehre (a. a. O. S. 1).

²⁾ Vgl. z. B. Windscheid, Pand. 6. Aufl. Bd. I § 75 Anm. 1 (ebenso noch jetzt Kipp in der 9. Aufl.) und gegen Windscheid der Verf. im Archiv für zivil. Praxis Bd. 72 S. 45 Anm. 7. Für den Verfasser Holland, Element of jurisprudence p. 114 n. 3, und gegen diesen wieder Mc. Keag, Mistake in Contract, New York 1905, Columbia University, S. 36.

³⁾ Dem Verfasser erschien dieser Umstand bei der Abfassung der ersten Auflage völlig gleichgültig. Übersehen hat er ihn nicht, wie Mc. Keag a. a. O. S. 36 vermutet.

Ausspruchs auch im weiteren Verlaufe der Ausführungen erinnern werde. Möglich ist ja freilich, dass Savigny sich bei dem weiteren Verlauf der Schrift seines ursprünglichen Ausspruchs nicht mehr erinnerte. Wer aber so von Savigny denkt, der sollte auf dessen Meinung überhaupt nicht so grosses Gewicht legen. Der Verfasser tut dies dagegen nach wie vor mit Recht und Fug, und lässt an den Worten des verehrten Meisters nicht rütteln¹⁾.

Dass zu einem gültigen Verträge eine Harmonie einer jeden Einzelerklärung mit dem Willen des Erklärenden gehöre, musste freilich vor 20 Jahren als die herrschende Meinung bezeichnet werden²⁾. Dagegen hatte bereits die Abhandlung Iherings über die culpa in contrahendo³⁾ vom Standpunkte des lebendigen Verkehrsbedürfnisses durch das bekannte Wort von der „praktischen Trostlosigkeit“ der herrschenden Meinung zu deren Berichtigung einen Anstoss gegeben⁴⁾. Demnächst hatten Regelsberger⁵⁾ und Bähr⁶⁾ — ersterer wenigstens bis zu einem gewissen Grade — die richtigere Ansicht wieder aufgenommen⁷⁾. Allerdings ist die Reaktion gegen die herr-

¹⁾ Gegen Windscheids Angriffe (Pand. § 75 Nr. 1) auf meine Deutung der Worte Savignys kehrt sich namentlich Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 457, 458 Anm., vgl. auch 469.

²⁾ Windscheid hat die richtige Ansicht, „Jeder Kontrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Kontrahenten in demjenigen Sinne, in welchem er sie auffassen musste“, Pand. I § 84 Note 11, ausdrücklich im Archiv für zivil. Praxis Bd. 63 S. 72 widerrufen; vgl. jetzt Windscheid-Kipp 9. Aufl. a. a. O. § 75 Anm. 1, Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 1574. Auch Bekker, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 22 S. 33 ff., erkennt die Ansicht, welche lediglich auf den inneren Willen sieht, als herrschende an, ohne sie zu teilen. (Dass sie heutzutage wirklich noch als herrschende bezeichnet werden kann, möchte ich bezweifeln.)

³⁾ Dogm. Jahrb. Bd. IV S. 1 ff., Gesammelte Aufsätze S. 327 ff.

⁴⁾ Vgl. hierüber Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 14.

⁵⁾ Zivilrechtliche Erörterungen I S. 17—23 1868, welcher allerdings in der Lehre vom Irrtum nicht weit genug geht (S. 20); vgl. auch im Handb. des Handelsrechts Bd. II S. 407 und nunmehr dessen Kritik der 1. Aufl. dieser Schrift in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 29 S. 314.

⁶⁾ Über Irrungen im Kontrahieren Iherings J. XIV S. 393—427, vgl. hierzu Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 425, 426.

⁷⁾ In gleichem Sinne äusserten sich namentlich Bähr in Iherings dogm. Jahrb. Bd. 14 S. 393 ff.; Kohler, ebenda Bd. 16 S. 325 ff., und Bd. 18

schende Lehre infolge einer unglücklichen Fragestellung mehrmals über das richtige Ziel hinausgegangen. Man pflegte nämlich die Frage dahin zuzuspitzen: „Kommt es auf den wirklichen Vertragswillen oder den durch äussere Erklärungen hervorgerufenen Schein an?“ „Entscheidet der Wille oder die Willenserklärung?“¹⁾

M. a. W. „Nichtachtung des Zuverlässigkeitsbedürfnisses oder Überschätzung dieses Bedürfnisses?“

Allerdings war es eine Übertreibung, dass man ohne Quellenbeweis der Partei auch den von ihr gar nicht verursachten Schein einer Willenserklärung zurechnete, z. B. den Aussteller einer nicht von ihm fortgegebenen, sondern ihm entwendeten Urkunde dem redlichen Erwerber haften liess²⁾. Man übersah ferner, dass da, wo das Zuverlässigkeitsbedürfnis nicht in Frage kommt, z. B. bei einem von der Vertragsabrede

S. 133 ff.; Bekker, ebenda Bd. 22 S. 47 ff.; jetzt System des heutigen Pandektenrechts II S. 54 ff.; Lenel in Iherings dogm. Jahrb. Bd. 19, Abhandl. 5. Vgl. auch Demelius, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht Bd. 9 S. 320 ff., welcher die herrschende Meinung wenigstens für das heutige Recht nicht für angemessen hält. Eine Vervollständigung dieser Literaturzitate würde uns in ein uferloses Meer treiben. Dass der Vertragsgenosse des Irrenden irgend einen Schutz gegen die Unzuverlässigkeit der irrigen Erklärung haben muss, wird wohl heutzutage nirgends bezweifelt; vgl. BGB. S. 122.

¹⁾ Vgl. Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 389.

²⁾ Vgl. Bähr, Dogm. Jahrb. Bd. 14 S. 414. Um nicht als Vertreter derartiger Übertreibungen zu gelten, habe ich in meinem allgemeinen Teile des BGB., Berlin 1900 S. 464 Anm. 2, die Bitte ausgesprochen, meine Ansicht nicht mehr als „Erklärungstheorie“ zu bezeichnen; Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, § 10 Anm. 10, fasst diese Bitte mit Unrecht so auf, als schliesse sie eine Meinungsänderung in sich und nicht bloss eine Änderung des Namens für die alte Ansicht. — Solche allgemeine Namen für Rechtstheorien, wie Willensdogma, Erklärungstheorie u. dgl., haben überhaupt den Nachteil, leicht in weiten Kreisen eine falsche Vorstellung von dem allzu kurz Bezeichneten zu verbreiten. Will man meine Ansicht durchaus benennen, so bitte ich um den Namen „Verkehrssicherheitstheorie“ oder „Zuverlässigkeitstheorie“. Als echter Vertreter einer Erklärungstheorie ist dagegen H. v. Höllander anzusehen, der dem „inneren Willen“ einen noch geringeren Spielraum zuspricht als der Verfasser tut (Zur Lehre vom „error“ nach römischem Recht, Habilitationsschrift, Halle a. S. 1898), im übrigen aber im Kampfe gegen das uneingeschränkte Willensdogma durchaus mit dem Verfasser übereinstimmt.

abweichenden übereinstimmenden inneren Willen der Kontrahenten und bei mehrdeutigen Abreden, der innere Wille allerdings den entscheidenden Ausschlag gibt.

Die Hauptschwäche der richtigen Ansicht bestand darin, dass sie die Quellenexegese und die philosophischen Deduktionen der Gegner nicht umzustürzen vermocht hatte. Deshalb richtet sich im folgenden sogleich der Angriff gegen das erste dieser Bollwerke.

II. Terminologische Missverständnisse

a) Das Wort consensus.

§ 2.

Das Wort consensus bedeutet in unseren Quellen in der Regel keinen inneren Seelenvorgang, sondern einen Tatbestand der Aussenwelt, nämlich eine einfache oder mehrfache Übereinstimmungs- oder Zustimmungsausserung.

Die Aedeutung Rövers, dass consensus nicht eine innerliche Willensübereinstimmung bedeute, war von einer gewichtigen Autorität als „ein Auskunftsmittel in einer üblen Lage“ ohne weiteres zurückgewiesen worden¹⁾.

Auch die Autorität Dirksens lässt sich nicht geradezu, wie man geglaubt hat²⁾, gegen die herrschende Meinung in die Wagschale werfen.

Dagegen vertrat die neuere romanistische Jurisprudenz mit Entschiedenheit die vom Verfasser angefochtene Ansicht, und zwar vor allen Brinz, der das *consentire* vom *convenire* grundsätzlich sonderte³⁾.

¹⁾ Windscheid, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63 S. 86. Noch entschiedener Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 425, und zustimmend Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. II § 241 S. 495 Anm. 2.

²⁾ Röver, Über die Bedeutung des Willens etc. S. 41.

³⁾ Pandekten 1. Aufl. S. 1391, 1400, 1401, 1402, 1403, 1413, am klarsten 1574 § 359: „Bei dem Vertrage muss der mehrseitige Wille: 1. innerlich übereinstimmen (*consentire*), 2. äusserlich zusammentreffen (*convenire*)“. Hiernach wird also trotz der l. 1 § 3 *dig. de pactis* 2, 14 die Identität der Begriffe *consensus* und *conventio* bestritten; a. M. Cujacius *ad titulum de spon-*

Diese Auffassung des *consensus* als einer inneren Willensübereinstimmung hatte sich sogar so fest eingenistet, dass selbst die Gegner der herrschenden Meinung sie nicht anstasteten¹⁾.

Dabei musste der Verfasser von vornherein, um nicht gegen Windmühlen zu kämpfen, hervorheben, dass es nicht das Wort „Willensübereinstimmung“ oder „Übereinstimmung“ war, gegen welches er stritt²⁾, sondern nur die von Neuere damit verbundene Vorstellung einer inneren Harmonie psychologischer Zustände (Willen in einem anderen Sinne).

Diejenigen, welche sich den alten Sprachgebrauch des *Brissonius* bewahrt haben, den nach der Meinung des Verfassers noch *Savigny* ausübt und der, wie nachgewiesen werden soll, direkt aus den *Pandekten* her stammt, verstehen unter dem

salibus op. Neap. 1758 t. I pag. 797, t. IX pag. 73 ad tit. III, 2 *Cod. de pactis*. Auch *Forcellini* (*totius Latinitatis lexicon*) meint, dass *consentire* der Regel nach (*universim*) soviel wie *convenire* sei. — Im Sinne der herrschenden Meinung äusserte sich auch *Bruno* in den nachgelassenen *Pandekten* fragmenten. Kleinere Schriften Bd. II, Weimar 1882, S. 453, 473. — Ähnlich auch *Hesse* in den *dogm. Jahrb.* Bd. 15 S. 74.

¹⁾ So namentlich *Schlossmann*, Vertrag S. 336. Eben deshalb gelangte er zu dem Entschlusse, in dieser Frage den Quellen eine entscheidende Bedeutung abzusprechen.

²⁾ Namentlich das letztere Wort bezeichnet vielfach auch eine äussere Übereinstimmung mehrerer Personen in ihren Erklärungen, ein Übereinkommen (vgl. *Georges*, *lexicon s. v. consensus*: Übereinstimmung, Einstimmigkeit, Teilnahme; *Merguet*, *Lexikon* zu den Reden des *Cicero*, zu *consensus*: Übereinstimmung, Einmütigkeit [?], Einverständnis, Verabredung). Das Wort „stimmen“ hat nun einmal sowohl eine aktive als auch eine passive Bedeutung, es bedeutet bald „seine Stimme abgeben“ (so namentlich als „Zustimmung“ oder „Beistimmung“), bald die Eigenschaft eines Gegenstandes, vermöge deren er mit einem andern gleichartig ist oder doch in einem harmonischen Verhältnisse steht (so namentlich als „Übereinstimmung“). Diese Doppeldeutigkeit mag nicht wenig dazu beigetragen haben, die beiderseitige Zustimmung (*consensus*) mit einer beiderseitigen inneren Übereinstimmung zu verwechseln, zumal auch im Lateinischen das Wort *consensus*, jedoch nur bei Unpersönlichen und in übertragener Bedeutung, eine Harmonie bezeichnet (vgl. *Forcellini*, *lexicon*, dessen Zitate übrigens nicht zuverlässig sind, bei *consensus sub translate*). Vgl. jetzt das *vocabularium jurisprudentiae Romanae sub voce consentire* und *consensus*, nach dem beide Worte bald eine *communis voluntas*, bald eine *Beistimmung* (*assensus*, *ratihabito*) bezeichnen.

beiderseitig übereinstimmenden Willen eben die beiden Äusserungen oder richtiger die bei ihrer Abgabe ersichtlichen Gedanken. Wenn sie consensus mit Willensübereinstimmung übersetzen, so ist dies in ihrem Sinne nicht falsch, sondern kommt der Ansicht, für die der Verfasser eintritt, sehr nahe. Auch wird man ihnen wohl den altehrwürdigen Sprachgebrauch nicht verwehren dürfen noch können. Wenn der Verfasser ihn vermeidet, so geschieht es nur, weil die Erfahrung gelehrt hat, dass er zu Missverständnissen hinführt.

Dass die „Willensübereinstimmung“ im Sinne der zur Zeit der ersten Auflage herrschenden Meinung dagegen unter „Willen“ nicht den bei der Parteiäusserung ersichtlichen Gedanken, sondern innere Seelenvorgänge verstand, darüber liessen die angezogenen Bemerkungen von Windscheid, Bruns, Brinz und Zitelmann keinen Zweifel übrig. Letzterer bezeichnete den Willen, um dessen Übereinstimmung es sich bei dem Konsense handeln sollte, geradezu als „Absicht“, Dernburg¹⁾ als „Vorsatz“.

Allerdings ist auch eine andere Übersetzung des Wortes consensus weit verbreitet, welche mit der herrschenden Meinung in schroffem Widerspruche steht, nämlich die Bezeichnung des consensus als eine „Willenseinigung“²⁾.

Einigung und Übereinstimmung sind aber zweierlei, die erstere bezeichnet die Tatsache des vorübergehenden Ereignisses der beiden Willensäusserungen, die letztere einen bleibenden Zustand, eine Willensstimmung. Trotzdem legen die genannten Schriftsteller, welche in solcher Weise von der üblichen Übersetzung des Wortes consensus abweichen, selbst hierauf keinerlei Gewicht, so dass es beinahe scheint, als ob

¹⁾ Lehrbuch des preussischen Privatrechts § 94.

²⁾ So Kühn in den dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 40 Anm. 1: „Willenseinigung“ nicht „Willensübereinstimmung“ S. 44, ferner heisst es dort, der consensus sei eine „zwei gleichen Willen entsprechende Äusserung“; vgl. ferner Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsrechts Bd. 2 S. 403 Nr. IV: „Der Vertrag entsteht aus der Einigung des rechtsgeschäftlichen Willens beider Parteien (consensus)“. Die Bedeutung des Wortes „Einigung“ im BGB. ist bekannt, ebenso der Streit, der sich daran heftet.

sie den Unterschied zwischen Willenseinigung und Willensübereinstimmung nicht für irgendwie wesentlich halten¹⁾. Daraus folgt, dass durch eine bloss Vertauschung der üblichen Terminologie mit anderen ähnlichen Ausdrücken wenig getan ist; wichtiger ist eine sachliche Berichtigung der ihr zugrunde gelegten Vorstellungen.

Ohne eine solche lässt sich ein Teil der das Wort consensus oder consentire enthaltenden Stellen gar nicht übersetzen.

Hierbei steht in erster Linie die l. 7 § 19 dig. de pactis 214 (Ulpianus):

hodie tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint.

Die Gläubiger sollen hier erklären, was sie wollen, und zwar durch einen consensus. Es heisst nicht consensum declaraverint, sondern consensu declaraverint²⁾.

Consensus bedeutet also unzweifelhaft hier ein Erklärungsmittel, es bedeutet nicht dasjenige, was die Gläubiger wollen, (sc. quota parte debiti contenti sint), sondern dasjenige, wodurch sie an den Tag legen, dass sie es wollen, also nicht Gedanken oder Absichten, sondern Worte oder konkludente Handlung. Durch eine innere Willensübereinstimmung kann man nicht erklären, sondern man kann höchstens eine innere Willensübereinstimmung mit irgend einem Gedanken des anderen Teiles durch ein äusseres Verhalten erklären³⁾.

¹⁾ Besonders wichtig ist dies jetzt für das BGB., insoweit die Frage auftaucht, ob das „Einigsein“ (§§ 516, 929 BGB.) sich mit dem „Einiggewordensein“ deckt. Streng genommen besagt es teils mehr, teils weniger. Mehr, weil es ein inneres Einverständnis neben der Erklärung verlangt, weniger, weil es diese letztere nicht verlangt.

²⁾ Vgl. auch die Redewendung consensu terminata in der cst. 13 pr. Cod. de transact. 2, 4. Hiernach erweist sich der viel verbreitete Ausdruck „Konsenserklärung“ als wenig glücklich. Was man mit diesem Worte bezeichnet, das nennen die Quellen einfach consensus oder consentire. Besser wäre: „Konsensualeklärung“.

³⁾ Zitelmann behauptet (Dog. Jahrb. Bd. 16 S. 425), dass in der l. 7 § 19 cit. consensus und Erklärung als getrennte Momente nebeneinander gestellt sind. Allerdings, aber auf die Art der Nebeneinanderstellung kommt

Consensus heisst hier also auf alle Fälle nur „eine Erklärung des Einverständnisses mit einer Festsetzung“.

Schon diese einzige Stelle würde für sich allein die Ansicht des Verfassers dahin erweisen, dass wir berechtigt sind, überall da, wo aus einer Quellenstelle nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, in welchem Sinne das Wort consensus gebraucht ist, und nur seine Übersetzung durch „Willenserklärung“ oder „Beistimmung“ ein befriedigendes Ergebnis zur Folge hat, diese letztere Interpretation anzuwenden. Es finden sich jedoch auch noch mehrere Stellen, welche das gewonnene Resultat durchaus unterstützen. Betrachten wir zunächst l. 26 § 1 dig. de pignoribus 20, 1 (Modestinus):

Pater Sejo emancipato filio facile persuasit, ut, quia mutuum quantitatem acciperet a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius eius, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae: quaerebatur, an Sejus inter cetera bona etiam hanc domum jure optimo possidere possit, cum patris se hereditate abstinerit, nec metui (Mommsen metuere?) ex hoc solo, quod mandante patre manu sua perscripsit instrumentum chirographi, cum neque consensum suum accomodaverat patri aut signo suo aut alia scriptura.

Der Sohn ist hier nur Schreibwerkzeug, gibt also keine eigene Verpfändungserklärung ab, sondern zeichnet die Äusserung des nichtberechtigten Vaters auf.

Hier wird also ausdrücklich das Fehlen einer Erklärung durch Untersiegelung oder Unterschrift als mangelnder consensus bezeichnet. Nicht ein inneres Einverständnis wird vermisst, sondern eine Erklärung des Einverständnisses¹⁾. Nur

es an. Dass hier consensus nachher mit voluntas vertauscht wird (praetor decreto suo sequetur majoris partis voluntatem), verschlägt nichts, da voluntas in dieser Stelle schlechterdings nur den erkennbaren Willen bedeuten kann; das Gegenteil würde das widersinnige Resultat ergeben, dass der Wille der Gläubiger nicht erklärt zu werden brauchte.

¹⁾ Wahrscheinlich war sogar der Sohn, der im Namen seines Vaters die Schuldurkunde schrieb, mit der darin enthaltenen Verpfändung einverstanden. Trotzdem aber band ihn dies nicht, da er sein Einverständnis nicht erklärte. In der Urkunde sprach nur der Vater, nicht der Sohn. Daher würde auch

eine solche konnte der Sohn scriptura accommodare, nicht aber einen inneren Seelenvorgang.

Noch entscheidender ist das in der angegebenen Stelle Folgende:

Modestinus respondit: cum sua manu pignori domum suam futuram Sejus scripserat; consensum ei obligationi dedisse manifestum est.

Von einem dare irgend eines Gegenstandes kann doch vernünftigerweise nur die Rede sein, wenn derselbe etwas in der Aussenwelt Wahrnehmbares, eine Beistimmung, und nicht bloss ein innerer Seelenzustand, eine Übereinstimmung, ist¹⁾. Auch im Deutschen kann man niemals von dem Abgeben eines innern Willens, einer Übereinstimmung, sondern nur von demjenigen einer Erklärung oder einer Beistimmung²⁾ reden. So sprechen wir denn auch von Konsenserteilungen, z. B. dem Geben eines Konsenses zur Ehe oder des Agnatenkonsenses zur Belastung des Lehens, ja sogar von schriftlichen Konsensen! Einen inneren Seelenvorgang können wir damit schlechterdings nicht meinen.

Doch wir wollen uns nicht in den modernen Sprachgebrauch verirren, sondern bei den Quellen bleiben. Dort finden wir ferner: l. 25 § 17 dig. fam. exerc. 10, 2 (Paulus):

Si incerto homine legato et postea defuncto legatario aliquis ex heredibus legatarii non consentiendo impedit legatum, is qui impedit, hoc judicio ceteris quanti intersit eorum damnabitur.

§ 182 BGB. in einem solchen Falle nicht ohne weiteres anwendbar sein. Nach BGB. genügt freilich auch die dem Vater gegebene Zustimmung, aber auch diese ist hier nicht zweifellos.

¹⁾ Die Redewendung consensum dedisse wiederholt sich in der l. 9 pr. dig. quibus modis pignus 20, 6 (Modestinus).

²⁾ Die erste Auflage redete überall von „Zustimmung“, wo die zweite den farblosen, aber doch wohl kaum missverständlichen Ausdruck „Beistimmung“ verwendet. Es erklärt sich dies daraus, dass das BGB. das Wort „Zustimmung“ in dem § 182 ff. zu einem technischen Ausdrucke geprägt hat, dessen Umfang geringer ist, als er ihm in der gemeinen Redeweise zukommt; vgl. des Verfassers: „Allg. Teil des BGB.“, Berlin 1900 S. 334 ff.; vgl. aber auch § 1183 BGB., wo die Zustimmung von der Vertragspartei ausgeht, nicht von einem Dritten.

Nicht durch ein inneres Meinen und Denken, sondern durch sein äusseres Verhalten macht hier der Erbe des Legatars Schwierigkeiten, d. h. non consentiendo.

Wenn wir bisher Redewendungen vorfanden, welche gar keinen Sinn ergeben, sobald sie das Wort consensus als eine innere Seelenregung oder Seelenstimmung deuten, so kommen wir jetzt zu einer Reihe von Quellenstellen, welche im Gegenteil nach der angefochtenen Ansicht einen gar nicht misszuverstehenden Sinn ergeben, nur freilich einen solchen, welcher ebenso offenbar falsch ist, wie er sich durch Klarheit auszeichnet.

Der Verfasser meint alle diejenigen Stellen, welche an den consensus oder den nudus consensus Rechtsfolgen anknüpfen. Sie geben uns einen geradezu durchschlagenden Beweisgrund, der, zwar schon früher bemerkt¹⁾, jedoch nicht zu einer Berichtigung der üblichen Quellenexegese verwertet worden ist.

Wenn der consensus in der Tat die innere Harmonie zweier Absichten wäre, oder zwei innere Seelenregungen bezeichnete, so würden wir annehmen müssen, dass überall da, wo der nudus consensus rechtliche Folgen haben soll, die Willenserklärungen völlig überflüssig sind. Wollte man hier nach z. B. die l. 52 § 9 dig. de obligat. et actionibus 44, 7 (Modestinus):

Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit,

und die ihr sehr ähnliche l. 1 dig. locati conducti 19, 2:

Locatio et conductio, cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio beim Worte nehmen, so würde man zu dem zweifellos falschen Ergebnisse gelangen, dass ein gültiger Kauf dann vorliegt, wenn A dem B sein Haus für 1000 Mark zu verkaufen, dieser es für einen solchen Preis zu erwerben entschlossen ist, beide aber ihre Absicht sich gegenseitig noch gar nicht mitgeteilt haben.

Es unterliegt übrigens keinem Zweifel, dass diese Stellen mit dem Gegensatz des *contrahi verbis* und des *nudus con-*

¹⁾ v. Schlossmann, Der Vertrag S. 58.

sensus nur besagen wollen, dass zu den Konsensualverträgen nicht schlechterdings wie zur Stipulation ein in eine wörtliche Form gekleideter Consensus nötig sei (vgl. l. 1 § 3 dig. de pactis 2, 14 in fine (Ulpianus): *nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*), sondern auch ein formloser Konsens beider Teile genüge. Offenbar kann auch hier unter dem Konsens nicht die innere Willensübereinstimmung gemeint sein; denn diese genügt nicht.

Dass diese Auslegung der l. 1 cit. richtig ist, wird überdies bestätigt durch l. 2 § 1 dig. de oblig. et act. 44, 7 (Gajus):

Ideo autem istis modis (bei den Konsensualkontrakten) consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire.

Als der Gegensatz des consensus ist hier nicht die „Erklärung“ gedacht, sondern eine solche Erklärung, welche eigentümlichen Erfordernissen (*proprietas*) der Form unterliegt.

Ähnlich steht es mit l. 55 dig. de obligationibus et actionibus 44, 7 (Javolenus)¹⁾:

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio sive donatio sive conductio sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest.

Hier würde wohl Javolenus das Erfordernis der Erklärung nicht haben verschweigen können, wenn nicht eben consensus schon die Erklärung bedeutete; denn die Stelle will, wie es scheint, alles aufzählen, was zu der Perfektion des Vertrages gehört. Sehr charakteristisch ist hier übrigens die Entgegensetzung des inneren Vertragswillens (*affectus*) und der äusseren Erklärung. Ersterer, der beiderseitige *affectus* (die herrschende Meinung würde hier statt dieses Ausdruckes das Wort „consensus“ zu erwarten geneigt sein), genügt nicht, er muss con-

¹⁾ Vgl. über die unbegründete Einschränkung dieser Stelle durch die Glosse Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 534. Derselbe (Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 425) zitiert diese Stelle für seine Ansicht, und ihr Sinn ist in der Tat nicht ausser Zweifel. Die erste Auflage hob die Bedenken, welche diese Stelle erweckt, allerdings wohl nicht genügend hervor.

currere¹⁾, d. h. beiderseits aus dem Inneren hinauswirken und draussen in einem Berührungspunkte, der beiderseitigen Unterwerfung unter dieselbe Vertragsbestimmung, zusammentreffen. Wenn das Wort *consentire*, welches sonst immer auf die Kontrahenten selbst angewandt wird, hier ausnahmsweise von ihrem zu der Erklärung treibenden *animus* gebraucht ist²⁾, so ist dies nur bildlich zu verstehen und einen Schluss auf die gewöhnliche Bedeutung des Wortes wird man daraus ebensowenig entnehmen dürfen, wie man etwa aus der deutschen Redensart, dass das Herz einer Person für eine andere spreche, die Behauptung würde herleiten können, dass das Wort „Sprechen“ grundsätzlich eine innere Empfindung bedeute³⁾.

Dass *consensus* in der Regel die äusseren Erklärungsakte bezeichnet, folgt aber nicht bloss aus denjenigen Stellen, welche von einem *nudus consensus* reden, sondern vom Standpunkte der herrschenden Meinung müssen wir es überhaupt als höchst auffällig betrachten, dass in unsern Rechtsquellen bei den Konsensualverträgen und den *pacta* einer Hauptvoraussetzung der Gültigkeit, der Erklärung der Willen, nirgends besonders gedacht ist⁴⁾. Überall muss die herrschende Meinung dies Erfordernis in die Stellen hineininterpretieren. In welcher andern Lehre hätten sich wohl die klassischen Juristen so ungenau ausgedrückt, dass sie die Festsetzung eines Haupterfordernisses wichtiger rechtlicher Wirkungen der Phantasie des Lesers zur Ergänzung überlassen hätten?

So bedeutet z. B. in der l. 37 dig. pro socio 17, 2⁵⁾ (Pomponius):

¹⁾ Das *currere* ist, wie das deutsche „Fliesen“, ein üblicher tropischer Ausdruck für das Fortschreiten einer Rede; vgl. Horatius, sat. lib. I 10, 9. Est brevitate opus, ut currat sententia.

²⁾ Dass der beiderseits zum Konsense treibende *animus* in sich immer denselben Gedanken enthalten müsse, wie er in der beiderseits anerkannten Erklärung steckt, davon steht in der Stelle kein Wort.

³⁾ Vielleicht deutet übrigens auch hier *animus* auf die rechtserheblichen, d. h. gegenseitig erkennbar gemachten Gedanken hin.

⁴⁾ Vgl. l. 4 pr. dig. de pignor. 20, 1, l. 1 § 2 dig. de contrah. emptione 18, 1 (welche Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 425, mit Unrecht für sich zitiert), l. 8 pr. dig. de transact. 2, 15, Gajus III §§ 89, 119, 135, 153, 154 a.

⁵⁾ Vgl. Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 424.

Plane si hi, qui sociis heredes exstiterint, animum inierint societatis in ea hereditate, novo consensu quod postea gesserint efficitur ut in pro socio actionem deducatur *consensus* sicherlich die Abrede, in welcher das *animus*¹⁾ *societatis* inire zutage tritt, nicht aber einen innern Seelenzustand; denn durch welches sonstige Wort wäre hier wohl die erforderliche Tatsache der Erklärung angedeutet?

Wenn endlich Leo in c. 10 Cod. de contrah. et committ. stipul. 8, 37 (38) bestimmt:

„Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem“,

so wird doch das *pro consensu* wohl nichts anderes bedeuten, als dass beliebige Worte zu den erforderlichen Stipulationserklärungen genügen, sofern nur beide Teile sich mit diesen Worten einverstanden erklärt haben.

Man beachte ferner die lex 48 dig. de obligationibus et actionibus 44, 7 (Paulus):

In quibuscumque negotiis sermone opus non est sufficiente consensu, iis etiam surdus intervenire potest, quia potest intelligere et consentire, veluti in locationibus conductionibus emptionibus et ceteris.

Dass mit dem *consentire* die Äusserung im Gegensatze zu dem innern Bewusstsein (*intelligere*) bezeichnet werden soll, erscheint um so wahrscheinlicher, als auch hier schlechterdings die Fähigkeit des *surdus* zu Willensäusserungen hätte hervorgehoben werden müssen, wenn nicht schon das Wort *consentire* auf dieselbe hindeutete; denn dass auch der *surdus* nicht ohne jede Willensäusserung kontraktlich haftbar werden kann, bedarf wohl keiner besonderen Hervorhebung.

Man wende nun nicht etwa ein, dass man sich in allen diesen Stellen zu der erforderlichen innern Willensübereinstimmung, die angeblich *consensus* heisst, die Willensäusserung als selbstverständlich hinzudenken müsse. Den Inhalt der Rechtssätze

¹⁾ Auch dieser *animus* deutet wohl auf die Absicht hin, die in ihrer neuen Abrede zutage tritt und der sie sich unterwerfen.

haben wir nicht durch unsere souveräne Denktätigkeit, sondern durch Einsicht der Quellen festzustellen. Der Verfasser teilt hier ganz den vielleicht rigorosen, aber jedenfalls sachgemässen Standpunkt Zitelmanns¹⁾, welcher a. a. O. die Behauptung zurückweist, dass überall, wo die Quellen vom Willen reden, die nicht erwähnte Erkennbarkeit des Willens zu subintelligieren sei, weil man eben in der Wissenschaft nicht ohne weiteres etwas subintelligieren darf. Mit derselben Entschiedenheit widersprechen wir aber auch der Annahme der herrschenden Meinung, dass zu dem nach ihrer Ansicht bezugten Erfordernisse der Willensübereinstimmung dasjenige der Erklärungen hinzuzudenken sei. Da vielmehr zu einem gültigen Vertrage jedenfalls zwei übereinstimmende Erklärungen gehören und die Quellen nur den consensus zweier Personen als Erfordernis der Konsensualverträge und der pacta auführen, da aber eine blosser Willensübereinstimmung ohne Erklärung keinesfalls zu der Erzeugung der Vertragsfolgen genügen kann, so bleibt schlechterdings nichts übrig, als in dem consensus der beiden Parteien die beiden Erklärungen mit inbegriffen zu sehen.

Das würde freilich anders sein, wenn in der Tat die oben erwähnte Ansicht von Brinz²⁾, nach welcher neben dem consensus (Willensübereinstimmung) auch noch eine conventio (Erklärungsübereinstimmung) als Erfordernis eines Vertrages aufgestellt sein soll, sich halten liesse. Allein fast nirgends wird neben dem Konsense noch die conventio als ein Zweites erfordert, und, wem die oben zitierte Autorität des Cujacius³⁾ nicht genügen sollte, um davon überzeugt zu sein, dass bei jedem consensus mutuus duorum in idem eine conventio vorlag, der wird nach den Worten der l. 1 § 3 dig. de pactis 2, 14 (Ulpianus):
 nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt
 daran kaum zweifeln können³⁾.

¹⁾ Dogm. Jahrb. Bd. 16 Heft 3 S. 426.

²⁾ Pandekten S. 1574.

³⁾ Opera Neapoli 1758 t. I p. 797 c. Sic enim existimo, idem haec omnia

Auffallend bleibt freilich lex 3 de pollicitationibus 50, 12 (Ulpianus):

Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum¹⁾.

Das Wort atque verbindet freilich oft Synonyma.

Vgl. Ennius bei Gellius XIX cap. 10 § 12: mentem atque animum delectat suum,

und Cicero, oratio pro Flacco init. cap. 1: gravissimo atque acerbissimo rei publicae casu.

In der l. 1 § 3 cit. hat es aber mit dem atque wohl eine ganz besondere Bewandnis. Es wird nämlich betont, dass die pollicitatio allenfalls eine conventio darstelle, aber nicht einen duorum consensus enthalte, das pactum aber beides in sich schliesse²⁾.

Dies widerspricht allerdings der allgemeinen Ansicht. Diese ist aber aufzugeben. Die bisher vertretene Übersetzung des Wortes consensus löst nämlich auch die Rätsel, die sich an den Begriff der römischen pollicitatio anheften³⁾.

Solange man im consensus die Übereinstimmung zweier innerer Willen sah, erschien es unbegreiflich, weshalb Ulpian bei der pollicitatio einen consensus duorum verneinte (l. 3 dig. de pollicitationibus 50, 12 cit.). Ein inneres Einverständnis der Beteiligten lag doch jedesmal vor, wenn das Pollicitationsversprechen angenommen war. Dies war aber doch sicherlich fast immer der Fall, selbst dann, wenn, wie man irrigerweise zu behaupten pflegt, die Annahme der pollicitatio rechtlich

posse, pactum, depectionem, pactionem, placitum, pactum et conventum, pactum nudum, pactum et consensum, pactum et conductum.

¹⁾ Die Erläuterung dieser Stelle in der ersten Auflage befriedigt den Verfasser nicht mehr. War jeder consensus duorum eine conventio, so folgt daraus noch nicht, dass jede conventio einen consensus duorum enthielt.

²⁾ Siehe oben S. 20 Anm. 3 über die Ansicht von Brinz, die hiernach doch einen richtigen Kern enthält. Consensus (Beistimmungen) sind die Willensäusserungen, conventio (Zusammenkommen) ist ihr Austausch. Beides ist also doch nicht völlig identisch (anders die erste Auflage).

³⁾ Diese Ausführung fehlte noch in der ersten Auflage. Um die Kritik der herrschenden Pollicitationslehre haben sich besonders verdient gemacht Schlossmann, Der Vertrag S. 148 ff., und Regelsberger in den Göttinger Festgaben für Ihering, Leipzig 1892, Deichert, S. 59 ff. (weitere Literatur siehe bei Kipp-Windscheid II § 304 Anm. 3 a).

nicht notwendig gewesen wäre. — (Ein merkwürdiges Recht, das die Annahme da für überflüssig erklärt haben soll, wo sie doch tatsächlich nahezu immer zu erfolgen pflegte!) Viel wahrscheinlicher ist jedoch, dass die Römer bei den einzelnen pollicitationes jedesmal Annahmeakte erwarteten, und das Ganze daher conventio nannten. Deshalb war eine solche conventio aber doch noch nicht ein consensus duorum, kein doppeltes rechtlich bindendes Einverständnis, keine rechtserhebliche doppelte Beistimmung einer jeden Partei zur Äusserung der andern. Ein offerentis solius promissum ist ein von seiten eines Ungebetenen freiwillig erteiltes Versprechen im Gegensatz zu promissio des interrogatus (stipulatio), qui nihil offert, und zu der promissio utriusque partis (dem gegenseitigen Versprechen)¹⁾. Dem freiwillig angebotenen Geschenk fehlt auf seiten des Versprechenden zwar nicht das placitum, wohl aber der rechtserhebliche consensus. Ein rechtsnotwendiges Einverständnis erklärt er nicht, weder mit einer vorhergegangenen Frage, noch auch mit einem nachfolgenden Gegenversprechen. Zu der blossen Annahme bedarf es jedenfalls keines besondern vorherigen Einverständnisses des Anbietenden. Allerdings kann man auch vom Urheber des einseitigen Versprechens sagen, dass er mit der späteren Annahme ebenso einverstanden sei, wie es der Urheber des gegenseitigen Versprechens ist. Doch liegt hier ein erheblicher Unterschied vor. Das Einverständnis des solus offerens hat nicht die Kraft, den andern Teil rechtlich zu binden, weil dieser überhaupt nicht gebunden werden soll. Ihm fehlt die Rechtswirksamkeit. Es ist rechtlich unerheblich, kein consensus im juristischen Sinne. — Dagegen enthält allerdings auch die Annahme der pollicitatio ein Einverständnis mit dem Angebote. Sie ist daher ein accipientis solius consensus.

Eine solche Verbindung von Versprechen des einen und Einverständnis des andern Teils kommt noch heute bei allen unentgeltlichen freiwilligen Versprechen vor. Doch unterscheidet man sie nicht mehr vom pactum und contractus. Der Wegfall der Stipulationsform musste den Unterschied verwischen, so

¹⁾ Vgl. hierüber namentlich Schlossmann a. a. O.

dass die meisten geneigt sein werden, schon in dem offerentis solius, promissum einen consensus zu sehen.

Darum fasst man bei uns den nachrömischen Vertragsbegriff so weit, dass die römischen Pollicitationen darunter fallen müssen, d. h. eben so weit, wie den römischen Begriff conventio. Ja, man entlehnt sogar die Bezeichnung der ersten Vertragserklärung als „Offerte“ (jetzt Vertragsantrag)¹⁾ und der zweiten als „Annahme“ von dem Pollicitationsfalle in Anlehnung an die Wendung offerentis solius promissum. Dabei findet freilich eine Verschiebung des ursprünglichen Sinnes statt. Bei der pollicitatio handelte es sich um das Angebot einer Leistung. Offertur id, quod praestari debet. Die moderne Offerte dagegen ist ein Angebot der Gelegenheit, den Anbietenden zu binden. Offertur occasio obligandi. Darin liegt ja schliesslich auch ein guter Sinn, nur ist es nicht das römische offerre, das sich in ihm abspiegelt²⁾. Auf das Angebot der Leistung selbst passt dieser römische Ausdruck nur bei pollicitationes ganz und voll³⁾, nicht aber bei Austausch-

¹⁾ § 145 BGB.

²⁾ Wenn der Offerte eine solche Aufforderung zu der Offerte, welche eine vollständige lex contractus enthält, vorhergeht, so ist der Auffordernde eigentlich der Antragsteller, und doch erklärt der andere die erste Zustimmungserklärung, zu dem was der andere als massgebend anerkennen werde. Das BGB. nennt trotzdem ebenfalls die blosser Aufforderung nicht Antrag. Wer sich von einem zudringlichen Bettler eine Gabe abschwatzen lässt, der hat in der Redeweise des BGB. einen Vertragsantrag gemacht. Hier ruft unser Sprachgefühl: Dura lex, tamen lex! Was nun gar den Ausdruck „Angebot“ betrifft, so kann man ihn bei zweiseitigen Verträgen wohl auf die Ware beziehen, nicht aber auf den Geschäftsinhalt; denn der Offerent verlangt hier in der Regel mindestens ebensoviel, als er anbietet. Für den hässlichen Ausdruck „Oblat“ hat man kein entsprechendes deutsches Wort finden können. Regelsberger, Handb. des Handelsrechts Bd. II S. 424 Anm. 4, gibt zu, dass der von ihm gewählte Ausdruck „Antragsempfänger“ nicht ganz passend sei. Besser wäre „Antragsanwärter“. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts Bd. II S. 55 Anm., spricht von einem „Anerklärten“, also einem Seitentstück des „Angeredeten“, genauer des zur Beistimmung Aufgeforderten.

³⁾ Vgl. Schlossmann, Vertrag S. 140 ff. Man beachte hierzu, dass wir den „Empfang“ des Vertragsantrags als ein früheres Ereignis von der späteren „Annahme“ unterscheiden, obwohl Empfang und Annehmen eigentlich dasselbe sind. Mit Annahme bezeichnen wir eben mehr, als ein bloss passives Verhalten, einen bindenden consensus.

geschäften und nicht bei Versprechen nach vorhergehender Frage. Da man dies aber nicht begriff und meinte, dass sich der *duorum consensus* mit dem heutigen Vertrage und dem römischen *conventio* völlig decke, verkannte man nicht nur den Begriff des *consensus*, sondern verfiel in abenteuerliche Vorstellungen über *Pollicitationen*. Bald lehrte man, dass sie beliebigen Dritten erklärt werden konnten, denen gegenüber doch der Verpflichtungswille fehlte, bald meinte man, dass sie eingeklagt werden konnten, ohne angenommen zu sein. Dabei blieb rätselhaft, wie man aus einem Versprechen klagen könne, ohne es anzunehmen.

In Wahrheit hat sich hiernach der obligatorische Vertragsbegriff über das *pactum* hinaus im nachrömischen Rechte zu dem Begriffsumfange der *conventio* erweitert, er umfasst auch das von der anderen Seite angenommene *offerentis solius promissum*, also die unerbetenen, aber angenommenen Versprechen, ebenso wie die erbetenen, desgleichen einseitige ebenso wie gegenseitige. Und so kam man denn endlich auch zum abstrakten dinglichen Vertrag, der einen *consensus duorum* im römischen Sinn nicht enthält, sondern nur ein *offerentis solius placitum* mit *accipientis solius consensus* (*Accipiens consentit offerenti, offerens non consentit accipienti*). So ist die Begriffsbildung des neueren Vertrages über das römische *pactum* hinausgegangen.

Wir erkannten als undenkbar, dass für die aus dem *consensus* entsprungene *lex privata* das Erfordernis der Erklärung in den Quellen gänzlich verschwiegen sein sollte und erblickten daher dies Erfordernis in dem Wort *consensus*. Es verhält sich aber ähnlich mit der *lex publica* und dem auch bei ihr bezeugten *consensus*.

So liegt es z. B. nahe, in der bekannten *lex 32 § 1 dig. de legibus I 3* (Julianus):

quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur,

das *suffragium*, also eine offenbare Erklärung, als einen *non tacitus consensus* aufzufassen¹⁾.

¹⁾ Sehr wichtig ist dies für die Lehre vom Gewohnheitsrecht; vgl. Brie, Die Lehre vom Gewohnheitsrecht I, Breslau 1899 S. 17 Anm. 19, 20.

Einen gleichen Gegensatz bildet der *consensus* als formlose Erklärung zu der schriftlichen in der *lex 35 dig. de legibus I 3* (Hermogenianus):

sed et ea quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt jura servantur.

Ebenso versteht Modestinus in der *l. 40 dig. de legibus I 3*:

„Ergo omne ius aut consensus fecit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo“

anscheinend unter *consensus* das *suffragium*¹⁾. Kein Jurist würde zu behaupten wagen, dass eine Abstimmung der römischen Volksversammlung wegen innerlicher wesentlicher Irrtümer einiger Mitstimmender, deren Äusserung man zu der Herstellung der erforderlichen Mehrheit verlangte, nichtig war. Und doch würde die übliche Begriffsbestimmung des *consensus* hier ebenso zu einem solchen Ergebnisse hinführen, wie bei der

¹⁾ Anderweitig z. B. bei Gajus III 82 und dem übereinstimmenden *princ. inst. de acquisitione per adrogationem 3, 10* heisst es: „Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure (quod) consensu receptum est, introductae sunt“. Hiermit ist offenbar das Gewohnheitsrecht gemeint. Studemund liest übrigens in dem Apographum „concessu“ (was jetzt auch in der 6. Ausgabe des Huschkeschen Gajus von E. Seckel und B. Knebler, Leipzig 1903, vermerkt ist, ebenso das *vocabularium jurisprudentiae s. v. consensus*). Das Wort *concessus* ist ein gut lateinisches, arg Cicero *pro Caelio* cap. 12 § 28, *datur enim concessu omnium huic aliquis ludus aetati* und Cicero *epistolarum ad familiares* lib. 4 nr. 6 in fine. Dieser Ausdruck passt freilich zu dem unklaren Begriff der rechtsbildenden Volksüberzeugung ebensowenig wie das richtig übersetzte Wort *consensus*. Dieser Umstand spricht jedoch nach des Verfassers Meinung nicht gegen, sondern für die richtige Übersetzung. Vgl. auch Ulp. *fragm. II 4* *Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*. *Mores* bedeutet sicherlich hier ein äusseres Verhalten. Was Quintilian, *Inst. or. V c. 10 § 13*, betrifft, so scheint mir eine *persuasio* nicht mit dem *persuasione in mores recipi* identisch zu sein. Vgl. Brie a. a. O. S. 17 Anm. 20. Bekanntlich teilt uns Julian noch genauer mit, was er sich unter dem *consensus populi* denkt (*l. 32 § 1 cit. I 3*): *Quid cum interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis*, also eine Willensklarlegung (eine Zustimmung zu dem, was geschieht) nicht durch Worte, sondern durch konkludente Handlungen.

Behandlung irrtümlicher Vertragserklärungen nach der angefochtenen Meinung.

Was hier von der Volksversammlung gesagt ist¹⁾, das gilt in gleicher Weise von allen Personenmehrheiten, deren consensus eine rechtliche Wirkung haben soll; vgl. z. B.: l. 27 § 3 dig. de rec. qu. arb. 4, 8 (Ulpianus).

Si plures arbitri fuerint et diversas sententias dixerint, licebit sententia eorum non stari: sed si major pars consentiat, ea stabitur.

Niemand würde wohl bei dem Irrtum eines arbitri ähnliche Nichtigkeitsgründe gegen den Beschluss des Schiedsmännerkollegiums für zulässig erachten, wie es bei dem Irrtum der Parteien in Vertragsabschlüssen geschehen ist.

Der erwähnte Ausdruck tacitus consensus bedarf noch einer besonderen Beleuchtung. Schon seine blosse Existenz beweist die Ansicht des Verfassers. Es folgt aus demselben, dass es zwei Arten von consensus gibt, einen ausdrücklichen und einen stillschweigenden. Bestände nun der consensus mehrerer Menschen in einem psychologischen inneren Zustande, so würde der in den Quellen supponierte non tacitus consensus eine Widersinnigkeit sein, da Vorgänge des inneren Seelenlebens sich immer nur lautlos vollziehen können.

Der consensus des öffentlichen Rechtes deutet also sicherlich auf äusserlich wahrnehmbare Akte hin. Freilich sagt die bekannte lex 1 § 22 dig. de acquirenda vel amittenda possessione 41, 2 (Paulus):

Municipes per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt²⁾,

¹⁾ Vgl. auch das Cenotaphium Pisanum (Orelli nr. 642 p. 162), nach dem der Kaiser seine Macht per consensum omnium erhalten hat.

²⁾ Die Stelle ist eine juristische Erörterung, welche aus der Gleichnamigkeit der juristischen Person und ihrer Mitglieder herrührt. Sie enthält insofern einen noch heutzutage richtigen Gedanken in sich, als sie hervorhebt, dass juristische Personen nur durch Stellvertreter Besitz erlangen und besitzen können, die einzelnen municipes aber als solche Stellvertreter der Gemeinde nicht sind; vgl. des Verfassers Allgemeiner Teil des BGB., Berlin 1900 S. 130. Insbesondere kennt noch jetzt das positive Recht kein Rechtsgeschäft, bei dem eine universitas personarum durch sämt-

eine Stelle, welche gleichgrosse Schwierigkeiten ergibt, wenn man consentire mit „innerlich übereinstimmen“, wie wenn man es mit „beistimmen“ übersetzt. Für die letztere Übersetzung spricht überdies der Umstand, dass die Stelle, wie aus der zweiten Hälfte hervorgeht, gerade von dem Erwerbe des Besitzes durch Tradition redet und aus dessen Undenkbarkeit folgert, dass die Besitzergreifung durch alle einzelnen Gemeindeglieder nicht möglich ist.

Dass die Gemeindeglieder Beschlüsse fassen können, und dass auch diese consensus heissen, geht aus den oben angezogenen Stellen indirekt, aber auch aus einigen Zeugnissen direkt hervor. Namentlich findet sich auf Münzen und auf Steinen die Inschrift consensu senatus dec. dec. (anscheinend decisione decurionum) et consensu plebis, auch consensu ordinis¹⁾.

Ehe wir nun zu den Stellen übergehen, welche an den bisher gefundenen Ergebnissen Zweifel erwecken könnten, wollen wir der Frage näher treten²⁾, wie es kommt, dass die Römer Handlungen der Aussenwelt, wie es die Beistimmungen zu den Äusserungen der andern Partei sind, mit Worten bezeichneten, die zweifellos zunächst auf ein inneres geistiges Ereignis hindeuteten. Dies erschien manchem seltsam³⁾. Der

liche Mitglieder vertreten werden kann statt durch ihren Vorstand, was namentlich dann wichtig wird, wenn der Vorstand ausnahmsweise aus anderen Personen besteht als aus Vereinsmitgliedern. In diesem Sinne gilt der Satz municipes universi consentire non possunt noch heutzutage, ist also keineswegs der Ausdruck einer veralteten römischen Anschauung. — Übrigens wiederholt sich der Satz municipes consentire non possunt in einer unzweifelhaften Beziehung auf die Abgabe einer Erklärung (petitio honorum possessionis) in l. 1 § 1 dig. de libertis universitatum 38, 3.

¹⁾ Wie Forcellini sub voce consensus mitteilt. Vgl. auch den Artikel consensus im vocabularium jurisprudentiae Romanae jussu Instituti Savigniani. Berlin 1903, wo consensus unter I als comunis voluntas vel opinio und consentire I c. de congruente voluntate paciscentium gedeutet wird. Dagegen lässt sich auch nichts einwenden, sofern man mit voluntas hier die richtige Vorstellung verbindet.

²⁾ In Ergänzung der ersten Auflage und in Anlehnung an des Verfassers Gutachten zum 20. deutschen Juristentage: Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1889 S. 21 Anm. 42 (Verhandl. des 20. deutschen Juristentags Bd. III S. 43).

³⁾ Vgl. Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 426.

Hinweis auf die Häufigkeit römischer Homonymen¹⁾ mag allerdings nicht dazu genügt haben, dies aufzuklären.

Allein diese „Unnatur“ ist dem Sprachkenner nichts Fremdes. Nicht bloss in der römischen Redeweise, sondern sogar auch noch in der Sprache des Verkehrslebens der Gegenwart finden wir eine ähnliche Vertauschung der Ausdrücke für Gedanken und für Worte. Wie das Wort „übereinstimmen“, zunächst von der äusseren Stimme entlehnt, zugleich eine Beschaffenheit des inneren Gedankens kennzeichnet, so verwechselt die gewöhnliche Rede häufig die Meinung mit der Meinungsäusserung. Die Sprache bildet sich überall nach dem Häufigen und Regelmässigen. Weil in der Regel der Inhalt des Gedankens, den man äussert, sich mit der Äusserung selbst deckt, kommt man dahin, beides mit demselben Worte zu bezeichnen²⁾. Daraus folgt aber keineswegs, dass überall da, wo das Wort *sentire* oder *consentire* gebraucht wird, auch immer nach der Meinung des Redenden eine Übereinstimmung von Gedanke und Wort in jedem einzelnen Falle vorausgesetzt wird³⁾. Die feine Unterscheidung zwischen Willensinhalt und Erklärungsinhalt verwischt sich vielmehr in dem sprachbildenden Geiste der grossen Menge. Diese behilft sich mit einem Worte für beides und der Jurist folgt ihr zunächst als Kind seines Volkes. Darum darf man bei einem solchen Ausdrucke nicht ohne weiteres voraussetzen, dass die römischen Juristen sich seiner Doppeldeutigkeit durchweg bewusst waren.

Man wird daher den Sinn des römischen Sprachgebrauches nicht treffen, wenn man, wie das früher allgemein geschah, und auch noch vom Verfasser in der ersten Auflage geschehen ist, meint, dass die Römer bei der Sprachbildung sich von dem

¹⁾ So die erste Auflage mit Bezugnahme auf Bekker, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig 1880 S. 151.

²⁾ Vgl. Drucker, *Rechtsgelcerd Magazija* III 1884 S. 298 ff., und des Verfassers Artikel *consensus* in Pauly-Wissowa, *Realenzyklopädie für die klass. Altertumswissenschaft*.

³⁾ Dies scheint Lotmars Ansicht zu sein, dessen Beurteilung der ersten Auflage in der *Münchener KrVJSchr.* XXV 368 ff., XXVI 220 ff. durch Gelehrsamkeit und Scharfsinn hervorragt. Vgl. über diese Rezension vornehmlich v. Hollander, *Zur Lehre vom error*, Halle 1898 S. 6 ff.

Gegensätze des Willensinhalts und des Erklärungsinhalts überall eine scharfe Vorstellung machten. Die früher herrschende Ansicht nahm dies an und glaubte, dass dem Römer der *consensus* niemals eine Erklärung, sondern immer eine innere Absicht war. Die erste Auflage dieser Schrift nahm ebenfalls jene scharfe Unterscheidung an und lehrte im Gegensatze hierzu, dass der *consensus* der Juristen lediglich und immer die Erklärung im scharfen Gegensatze zum inneren Willen bezeichnen sollte. Eine dritte Mittelmeinung¹⁾, die ebenfalls noch immer daran festhielt, dass in Rom eine Begriffsklarheit über den Unterschied des Willens und der Erklärung bestand, lehrte, dass das Wort *consensus* einen Doppeltatbestand bezeichnete: Erklärung und inneres Einverständnis der Parteien.

Zur vollen Einsicht kann man aber nur kommen, wenn man die vorhandene Unklarheit hinsichtlich des Wortes „*Consensus*“ bei der römischen und der deutschen Sprachentwicklung rücksichtslos anerkennt. Man greife nur hinein ins volle Menschenleben und befrage Leute, denen eine juristische oder psychologische Vorbildung fehlt, über das Verhältnis des Willensinhalts zum Erklärungsinhalt. Man wird überall zunächst eine Verschmelzung dieser Begriffe finden in einem unklaren Gesamtbilde, das den gewöhnlichen Bedürfnissen der Gespräche des täglichen Lebens zunächst genügt und nur zur Beurteilung ungewöhnlicher Fälle mit Anspannung des Scharfsinns in zwei Elemente auseinandergerissen wird.

Dieser Begriffsmischmasch ist auch die Quelle einer Mehrdeutigkeit des Wortes *consensus*, vermöge deren es bald eine Erklärung, bald einen Gedanken, bald beides zusammen zu bezeichnen fähig ist.

Hierzu kommen aber noch andere bisher nicht genügend gewürdigte Momente: der Unterschied der Volkssprache von der Rechtssprache und der Einfluss der antiken Philosophie.

Die Rechtssprache ist einerseits zu technischer Schärfe gezwungen, andererseits nicht zeugungskräftig genug, um der Volkssprache zu entbehren. Fortwährend greift sie aus dem

¹⁾ Vgl. Lotmar a. a. O. und dazu des Verfassers Artikel *consensus* in Pauly-Wissowa, *Realenzyklopädie der klass. Altertumswissenschaft*.

allgemeinen Sprachschätze Worte heraus, deren vollen Begriffsumfang sie zunächst nicht brauchen kann und daher nach ihren Zwecken abändert. So sind die Begriffe Abrede, Anspruch, Besitz, Eigentum, Geschäft, Last, Person, Pflicht, Pfand, Unrecht, Vertrag, Vertretung, Wille u. a. m. im Munde des Volkes ganz anders begrenzt, als in der Redeweise der durch Rechtsquellen, namentlich Gesetzestexte, gebundenen Juristen. Wo der Jurist einen solchen Ausdruck verwendet, da denkt er stillschweigend das Wort „rechtserheblich“ dazu; Besitz ist ihm also „rechtserheblicher Besitz“, Vertrag der „rechtserhebliche Vertrag“, Wille der „rechtserhebliche Wille“ (*voluntas civilis, non tantum naturalis*). Also auch Einverständnis (*consensus*) ein rechtserhebliches Einverständnis (*consensus non tantum naturalis, sed civilis*). Was aber zur Rechtserheblichkeit gehört, das macht der Jurist von dem Inhalte des jeweiligen positiven Rechts abhängig; so setzt z. B. der römische *nudus consensus* als Verpflichtungsgrund voraus, dass er sich auf einen der besonders anerkannten Konsensualvertragsinhalte bezieht, was heutzutage bei dem entsprechenden Begriffe der rechtserheblichen verpflichtenden Abrede nicht mehr gilt. Das stillschweigend vorausgesetzte Beiwort „rechtserheblich“ gibt also ein und demselben Rechtsbegriffe bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten einen wechselnden Umfang. Überall aber unterscheidet sich der Rechtsbegriff von dem gleichnamigen Volksbegriff. Hierdurch löst sich das Rätsel, dass dasselbe Wort *voluntas, animus, consensus, mens, cogitatio* in der Volkssprache einen Seelenzustand bezeichnet, in der Redeweise des Juristen aber eine Färbung erhält, durch die es unter Umständen auf eine Willensäußerung zu beziehen ist. Unter Umständen, d. h. dann, wenn das positive Recht, um das es sich gerade handelt, solche Gedanken lediglich unter der Bedingung beachtet, dass sie in die Form einer Erklärung eingekleidet sind, d. h. aus ihr hervorleuchten.

Da dies nun bei Einverständniserklärungen fast immer der Fall ist, so bedeutet *consensus* fast immer eine Erklärung; allerdings nicht immer, denn Ausnahmen kommen vor, namentlich bei der *vox ambigua* (s. unten § 9 und des Verfassers Artikel *consensus*), bei der das Einverständnis nicht aus den

Worten entnommen werden kann, und deshalb aus der innern Parteiabsicht ergänzt wird. Schon aus diesem Grunde wählte man für den rechtserheblichen Vertragswillen einen neutralen Ausdruck, der bald auf das Innere, bald auf ein Äusseres hindeutet.

Zu dem besseren Verständnis der römischen Redeweise, die nur selten von *declaratio voluntatis* redet (z. B. in *Dig. I 3, 32, 1*), dagegen in der Regel die Erklärung als *voluntas* charakterisiert (= *voluntas civilis, non naturalis*), trägt auch das Ergebnis der wertvollen Forschungen Sokolowskis¹⁾ bei, wenn auch dieser Punkt von Sokolowski selbst nicht erwähnt wird. Er hat festgestellt, dass die juristische Terminologie der Römer mehrfach unter dem Einflusse einer philosophischen Strömung stand, welche die Dinge nicht nach ihrer äusseren Beschaffenheit, sondern nach ihrer Zweckbestimmung bezeichnete²⁾. Nun ist aber der Zweck jeder Willenserklärung (ihr *usus*) durchaus identisch mit derjenigen des Willens, der sie hervorruft. Beide streben auf denselben Erfolg hin, der Wille mittelbar, die Erklärung unmittelbar. Darum musste den römischen Juristen im Hinblick auf den philosophischen Sprachgebrauch ihrer Zeit die Benennung der beiden Tatsachen des Willens und der Erklärung mit einem und demselben Begriffsnamen (*voluntas, consensus* u. dgl.) weit weniger unnatürlich erscheinen, als sie es den Denkern der Gegenwart ist, welche das teleologische Element in der Sprachbildung minder scharf zu betonen und zu empfinden pflegen.

¹⁾ Die Philosophie im Privatrecht, Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung, Halle a. S. 1902. Insofern sich diese vortreffliche Schrift gegen des Verfassers Irrtumslehre kehrt, kann ihr Inhalt erst im zweiten Teile gewürdigt werden (siehe unten § 25, 26).

²⁾ Dem *perpetuus usus rei* l. 17 § 7 *Dig. 1. de act. e. v. XIX 1* (Sokolowski S. 39), einer „aristotelischen Zweckbestimmung“. Mir scheint darin freilich eher eine Bestärkung des Zweckgedankens und der Zivilpolitik des römischen Rechtes zu liegen, als eine Abschwächung der Bedeutung des politischen Elements, auf die Sokolowski a. a. O. S. 7 ff. hinstrebt; vgl. hierzu auch Erman, Gött. gel. Anzeigen 1906 S. 396 ff. Vielmehr hat der Vater der „Politik“ Aristoteles, wie Sokolowski nachweist, der römischen Rechtssprache ihre besten Wendungen aufgeprägt.

Diese Doppeldeutigkeit des Wortes consensus, nach der es zwar immer einen rechtserheblichen Willen (*voluntas civilis*) bezeichnet, aber zuweilen einen innern (*voluntas naturalis et civilis*), zuweilen einen äusseren (*voluntas tantum civilis*), genügt vollkommen für den Zweck der begonnenen Beweisführung. Zunächst widerlegt sie alle Schlüsse, die man aus dem Worte consensus auf die Erheblichkeit eines verborgenen innern Willensmangels zieht. Sodann setzt sie die Beweiskraft der Texte herunter, bei denen in dem Worte consensus ein Hinweis auf einen bloss innerlichen Vorgang zu liegen scheint, oder vielleicht auch wirklich liegt¹⁾.

Wenden wir uns nunmehr den Stellen zu, in denen das Wort consensus für die Erheblichkeit eines bloss innerlichen, verborgenen Willensmangels zu sprechen scheint²⁾.

Wir berühren hier zunächst den Vertrag, durch den Parteien, die sich streiten, der Zuständigkeit eines Richters unterworfen werden.

Vgl. l. 1 dig. de iudiciis V 1 (Ulpianus):

Si se subiciant aliqui jurisdictioni et consentiant: inter consentientes cujusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam jurisdictionem habet, est iudicatio.

lex 2 pr. eodem: Consensus autem videntur, qui sciunt se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant. ceterum si putent ejus jurisdictionem esse non erit ejus iudicatio: error enim litigatorum, ut Julianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensus. aut si putaverunt alium esse praetorem pro alio aequae error non dedit jurisdictionem³⁾.

¹⁾ In diesem Punkte bin ich durch Regelsberger (*Zeitschr. f. Handelsr.* Bd. 29 S. 308 ff.) und Graf Piniński, *Tatbestand des Sachbesitzererwerbes* S. 185, zu einer Einschränkung meiner früheren Ansicht bewogen worden.

²⁾ Die sehr wichtige l. 34 pr. Dig. de acquir. vel am. p. XLI 1 kann m. E. nicht als grundlegend in Betracht kommen, weil ihre Lesart im entscheidenden Punkte zweifelhaft ist. Sie soll unten in Bd. II § 25 näher behandelt werden.

³⁾ Vgl. über diese Stellen Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 556. — Thomsen, *Die rechtliche Willensbestimmung*, Kiel 1882 S. 44 ff.

Die stillschweigende Unterwerfung unter die Kompetenz eines Prätors durch Einlassung vor seinem Gerichte soll wegen mangelnden Consensus nichtig sein, wenn die Parteien nicht wussten, dass sie vor einem inkompetenten Richter stehen, oder wenn sie den Richter, vor dem sie verhandeln, für eine andere Person hielten, als er wirklich war.

Einen ganz ähnlichen Fall behandelt die lex 15 dig. de iurisdictione 2, 1 (Ulpianus):

Sie per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus¹⁾, nihil valebit, quod actum est. nec enim ferendus est qui dicat consensusse eos in praesidem²⁾, cum, ut Julianus scribit, non consentiant, qui errent: quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit?³⁾

Der Schwerpunkt der Auslegung dieser Stellen liegt hier in dem Umstande, dass beide Kontrahenten in einem für beide wesentlichen Punkte irren, arg. die Plurale sciunt, consentiant, putent, error litigatorum⁴⁾, putaverunt, consentiant, errent. Irren zwei Personen, welche sich dahin geeinigt haben, den praetor Gajus anzugehen oder welche auch ohnedies ihn vor sich zu sehen glauben, indem sie den praetor Maevius für den Gajus halten und vor Maevius verhandeln, so muss jeder dem

¹⁾ Dies bedeutet, dass die Parteien sich an einen anderen Prätor wenden, als an den, welchen sie während des Prozesses vor sich zu sehen glauben, mögen sie nun eine Verhandlung vor dem letzteren vorher verabredet haben oder nicht. Richtig Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 550, a. M. Thomsen a. a. O. S. 45.

²⁾ Vgl. über das Unpassende dieses Wortes Cujacius, *observ. lib. I c. 32 p. 19 opera Neapoli 1758*. Da übrigens nach der lex 23 pr. dig. de appellat. 49, 1 (*Ex consensu litigantium citra compromissum a praeside provinciae iudice dato victus potest provocare*) die Parteien bisweilen so compromittierten, dass sie sich vom Präses einen iudex erbaten, so ist es möglich, dass auch in der l. 15 cit. zunächst ein Irrtum über die Person des praeses und dadurch mittelbar über diejenige des iudex vorlag.

³⁾ Unbefriedigend ist die Auslegung des Fragmentes bei Röver a. a. O. S. 38, 39.

⁴⁾ Vgl. auch das ambo errarent in l. 14 dig. de contrah. emtione 18, 1. Neuere Exegeten haben dies vielfach übersehen, während z. B. Cujacius, *observ. lib. (I) c. 32 p. 19 und l. VII p. 70 opera Neapoli 1758*, in der lex si per errorem und der lex consensusse mit Recht einen Doppelirrtum sieht.

Verhalten des Gegners den Sinn beilegen: „Ich will vor Gajus (d. i. dem Abwesenden) verhandeln“, nicht aber: „Ich wünsche die Kompetenz des Maeuius (d. i. des Gegenwärtigen)“; eine Übereinstimmung der Erklärungen in dem letzteren Sinne, d. i. ein Consensus auf den gegenwärtigen Maeuius liegt also wegen des Irrtums nicht vor. Das Zuverlässigkeitsbedürfnis verlangt hier auch nicht ein Festhalten an den Erklärungen, die beiden Teilen unerwünscht sind.

Ebenso verhält es sich in dem ersterwähnten Falle, in welchem zwei Parteien vor einem unzuständigen Prätor verhandeln und meinen, er sei ihr kompetenter Richter. Da hier ein jeder glaubte, er stehe vor dem zuständigen Richter, so konnte er der Handlung des anderen den Sinn der Erklärung, sich durch besondern Willensakt dem verhandelnden Richter zu unterwerfen, nicht entnehmen. Das Verhalten einer jeden der beiden Parteien hatte also für die andere nicht einen solchen Sinn, dass man von einer gemeinsamen Abrede, kraft deren der verhandelnde Richter kompetent werden sollte, zu reden berechtigt war.

Vorher fehlte es an einem Consensus darüber, dass gerade der gegenwärtige Prätor kompetent sei, hier darüber, dass überhaupt eine Kompetenzbegründung Platz greifen sollte.

Der anscheinende Gegenbeweis, welcher aus den genannten Stellen gegen des Verfassers Meinung entnommen werden könnte, verwandelt sich also bei genauerer Betrachtung in das gerade Gegenteil.

Noch weit mehr gilt dies von der *lex 57 dig. de obligationibus et actionibus 44, 7* (Pomponius):

In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit, et idem in societate quoque quoque respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas quae in consensu consistit.

Diese Stelle, im üblichen Sinne übersetzt, sagt, dass jeder Irrtum, sei er wesentlich oder unwesentlich, den Begriff des Vertrages ausschliesse, sofern er den Vertragsinhalt trifft.

Dies ginge sicherlich zu weit. Im Sinne des Verfassers übersetzt, besagt sie, dass jeder Irrtum den Consensus dann ausschliesst, wenn er eine Differenz des rechtserheblichen, also erkennbaren Willens der beiden Parteien zur Folge hat, was ganz sicherlich richtig ist¹⁾. Freilich muss man *sentire* als „meinen“ hier nicht im psychologischen Sinne übersetzen, sondern in dem Sinne von „eine rechtserhebliche Meinung erkennbar machen“, „einem Gedanken in rechtserheblicher Weise Ausdruck geben“. Auch das *sentire*, wie das *velle* hat neben der unjuristischen Bedeutung eine technische: das rechtserhebliche *sentire*.

Vgl. hierzu Ulpian in *l. 32 Dig. de donat. inter virum et uxorem 24, 1*:

proinde rectissime dicitur, utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit.

Sentire kann hier nur auf den Ausdruck eines Gedankens, nicht auf eine geistige Vorstellung bezogen werden²⁾.

¹⁾ Si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat usw. würde also heissen: „wenn ein Irrtum bewirkt, dass zwei übereinstimmende Erklärungen nicht zustande kommen“. Im wesentlichen ebenso v. Hollander, Zur Lehre vom error, Halle 1898 S. 135.

²⁾ Freilich spricht die Stelle bildlich und beweist nicht viel, da genau genommen ein Gesetz ebensowenig reden wie denken kann, wohl aber kann es so beschaffen sein, dass es die Vorstellung eines in ihm enthaltenen Gedankens erweckt, und dies heisst hier *sentire* (einer Meinung Ausdruck geben). — Man bedenke ferner, dass das Wort *sentire* in Verbindung mit *ad* (*assentire* und *adsensus*) zweifellos Äusserungen bezeichnet; vgl. z. B. Livius, lib. 8 cap. 6 § 7 *adsensu populi excepta vox consulis*. — Vielleicht hängt, worüber sich jedoch der Verfasser ein sicheres Urteil nicht anmasst, die Verwendung dieses selben Sprachstammes zur Bezeichnung von Äusserungen und inneren Zuständen auch damit zusammen, dass, wie Alois Vaniček in dem Etymologischen Wörterbuche der lateinischen Sprachen (Leipzig 1874, S. 174) mitteilt, der Sanskrit-Stamm *sant* ursprünglich nicht „empfinden“, sondern „eine Richtung nehmen“ bezeichnete (vgl. ebenda die Übersetzung von *sententia*: Sinn, Gesinnung, Gedanke, Denkspruch). Der Gedanke ist eine innere Bewegung, der Erklärungsakt eine entsprechende äussere. Bei der „*communis voluntas*“ des *vocabularium iurispr. Romanae* (vgl. *consensus* und *consentire*) muss man an die gemeinsamen Erklärungsakte denken, nicht an die Gemeinsamkeit ihres Ergebnisses.

Dass das Wort *sententia* nicht bloss einen in dem Geiste eines Menschen befindlichen, sondern auch einen innerhalb der Aussenwelt in Worte eingeschlossenen Gedanken bezeichnet, ergibt sich auch aus dem üblichen Ausdrucke *sententia legis*; vgl. I. 6 § 1 dig. de verborum significatione 50, 16 (Ulpianus).

Verbum „ex legibus“ sic accipiendum est: tam ex legum *sententia* quam ex verbis.

I. 67 dig. de reg. iuris 50, 17 (Julianus):

Quotiens idem sermo duas *sententias* exprimit, ea potissimum excipiat, quae rei gerendae aptior est.

In einem gleichen Sinne spricht Celsus auch von einer *voluntas legis*: I. 19, dig. de legibus senatusque consultis I 3:

In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam *voluntas legis* ex hoc colligi possit.

Dieser Sprachgebrauch, welcher neben der *voluntas legislatoris* auch eine *voluntas legis* kennt, verdient ganz besondere Beachtung, um so mehr, als man bei uns beides nicht zu unterscheiden pflegt¹⁾.

Auf eine Äusserung bezieht sich ferner das Wort *sentire* zweifellos bei Gellius, *noctes Atticae* lib. V cap. 10 ad finem in der Schilderung eines bekannten Prozesses:

Si iudices pro mea causa senserint, nihil tibi ex *sententia* debebitur²⁾.

Diese Stelle erinnert daran, dass man auf die Bedeutung eines Zeitwortes aus dessen substantivum verbale schliessen kann. Welches das Ergebnis eines solchen Schlusses aus dem Worte *sententia* ist, liegt auf der Hand. Dass auch dieses Wort ursprünglich und im klassischen Latein vorwiegend von

¹⁾ Über den „Willen des Gesetzgebers“ würde man sich nicht so viel Kopfzerbrechen gemacht haben, wie leider geschehen ist, wenn man bedacht hätte, dass es sich dabei nicht um eine Geistesregung eines lebendigen Menschen (*voluntas naturalis*), sondern nur um einen rechtserheblichen Willen, d. h. einen in die Aussenwelt getretenen erkennbaren Gedanken handelt. Wir werden unten sehen, dass auch das Wort „Parteiwille“ keineswegs durchweg die Willensregung eines bestimmten einzelnen bezeichnen soll.

²⁾ Vgl. auch Gajus I § 7. Quorum omnium si in unum *sententiae* concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet.

innern Seelenzuständen gebraucht wurde, ist bekannt. Dass es daneben aber auch Äusserungen, z. B. den grammatikalischen Satz technisch bezeichnete, ist ebenso gewiss. Wir besitzen hierüber das Zeugnis eines Gewährsmannes, der dem Latein der Pandekten näher steht als Cicero. Quintilian sagt in seinen *institutiones oratoriae* liber VIII cap. 5 § 1:

Sententiam veteres, quod animo sensissent, vocaverunt . . . § 2. Sed consuetudo jam tenuit, ut mente concepta (die innern Gedanken) *sensus* vocaremus, lumina autem praecipueque in clausulis posita (den in der äusseren Rede steckenden Sinn) *sententias*.

Da *sensus* und *sententia* beides substantiva verbalia von *sentire* sind, so bedeutet letzteres ebensowohl „denken“, wie eine Äusserung, welche einen Gedanken in sich enthält, „tun“.

In diesem letzten Sinne handelt das ganze zitierte Kapitel Quintilians de *sententiis*. Ebenso Cicero, wenn er (*orator* cap. 39 § 36) von den *sententiarum ornamenta* spricht. Daher gebrauchen auch die Quellen *sententia* als den technischen Ausspruch für den Richterspruch; dieser wird rezitiert und publiziert, liegt also zweifellos in der Aussenwelt.

So will z. B. Gajus dem Gedanken Ausdruck geben, dass der Richterspruch des Zentumviralgerichtes über die Gültigkeit eines Testamentes lieblose letztwillige Verfügungen nicht anerkennen dürfe und drückt dies folgendermassen aus:

„Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt“.

(I. 4 dig. de querela inofficiosi 5, 2).

Freilich heisst nicht ein jedes Reden *sentire*, sondern nur die Äusserung, die dem Anscheine nach einen Gedanken ihres Urhebers enthält¹⁾. Mag sie auch nur stillschweigend geschehen. So erklärt sich ein Fragment, welches man freilich auch anders deuten kann:

I. 8 § 2 dig. de, optione legate 33, 5 (Pomponius):

¹⁾ Daher der Gegensatz von *verba* und *sententia* in der I. 6 § 1 dig. citata de verb. significatione 50, 16, von *vox* und *mens* in der I. 7 § 2 dig. de sup. leg. 33, 10. Man vergleiche auch I. 41 pr. dig. de verb. obligat. 45, 1 verbis: quid forte senserit, hoc est quid inter eos (d. h. also in der Aussenwelt) acti sit.

Unius hominis nihi et tibi optio data est, cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris utriusque nostrum servum futurum, quod si ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non possim.

Hier wird eine vollendete Erklärung durch den Tod und Wahnsinn des Urhebers hinfällig, was keineswegs bei allen Erklärungen gilt. Der Mangel des consensus wird hier auf einen Mangel des sentire zurückgeführt. Das kann freilich nur auf einen innern Seelenzustand (eine Willensstimmung, nicht eine Willensregung) hindeuten, jedenfalls nicht auf eine Äusserung¹⁾. Es erklärt sich dies daraus, dass in diesem Falle der römischen Rechtsordnung der innere Wille wichtiger schien, als das Zuverlässigkeitsbedürfnis der Erklärung. Hier war also ausnahmsweise der innere consensus rechtserheblich, nicht der geäusserte.

Die Stelle behauptet überdies, dass die sukzessive Ausübung eines gemeinsamen Wahlrechts dann wirkungslos sei, wenn der zuerst Wählende vor der Wahl des andern voluntatem mutaverit. Man könnte diese mutatio voluntatis als eine einfache Willensänderung übersetzen, da, wie schon oben gegen Brissonius²⁾ hervorgehoben wurde, voluntas sehr oft auch bei den Juristen den innern Willen bedeutet, nämlich dann, wenn der innere Wille der rechtserhebliche ist. Hiernach würde es möglich sein, dass einer der Wahlberechtigten zunächst sein Wahlrecht ausübt, dann vor Zeugen in einer den übrigen Interessenten nicht erkennbaren Weise seinen Willen ändert und endlich die letztere anfecht, nachdem sein Rechtsgenosse gewählt hat, und dieser sowie der Verpflichtete sich auf die Gültigkeit der Wahl verlassen haben. Das unbefriedigende Resultat dieser Entscheidung, bei welcher eine offenbare Treulosigkeit sanktioniert wird, führt uns zu der Frage, ob nicht hier voluntas ebenso wie oben sententia eine „Willens-

¹⁾ Anders die erste Auflage.

²⁾ De verb. sign. sub voc velle, dagegen z. B. l. 3 dig. de rebus dubiis 34, 5. Auch l. 7 § 9 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1 und l. 5 pr. dig. de rei vindic. 6, 1 dürften auf den inneren Willen zu beziehen sein.

erklärung“, also das mutare voluntatem einen Widerruf bedeute. Die Antwort auf diese Frage wird durch die schon oben erwähnte Synonymität von consensus und voluntas — man denke nur an die *est. 6 Cod. pro socio 4, 37 in fine: Voluntates legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt* — besonders erfordert.

Wir sahen schon oben, dass die Quellen unter voluntas legis etwas lediglich in der Aussenwelt Erkennbares bezeichneten und dies somit von der innern voluntas legislatoris unterschieden. Auf dem Gebiete der Privatautonomie besteht ein gleicher Sprachgebrauch.

Betrachten wir zunächst § 4 inst. quibus modis 3, 29:

Hoc amplius eae obligationes, quae, consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur

und die ihr gewissermassen korrespondierende l. 1 § 2 dig. de rerum permutatione 19, 4 (Paulus):

Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur . . . nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent.

Hier zwingen uns dieselben Erwägungen, welche uns nötigten, in dem nudus consensus als Verpflichtungsgrund Erklärungstatsachen zu sehen, auch die contraria voluntas für eine Übereinstimmung von Widerrufserklärungen¹⁾ und die nuda consentientium voluntas für Vertragserklärungen zu halten, sonst würden wir zu dem ungereimten Ergebnisse gelangen, dass zweiseitige Verträge durch eine nicht erklärte Übereinstimmung aufhebbar waren und begründet werden konnten.

Noch weniger Bedenken erweckt die Zusammenstellung von voluntas und consensus in l. 2 § 2 dig. quibus modis usus fructus vel usus amittitur 7, 4 (Papinianus):

Cum singulis fructus alternis annis legatur, si consentiant in eundem annum, impediuntur, quod non id actum videtur, ut concurrerent . . . nam si concurrere volent, aut impediuntur invicem, propter voluntatem, aut, si ea non refragabitur, singulorum annorum fructus vacabit.

¹⁾ Das Gegenteil nahm Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 425, an.

Hier ist es nicht zweifellos, worauf voluntas hindeutet; bei genauerer Erwägung kann man es freilich nur auf die geschehene Abrede beziehen¹⁾. Der Jurist meint, dass der Ausfall des Ususfructs ein Jahr um das andere wohl schwerlich als verabredet gelten könne. Hier deutet voluntas auf den consensus hin, aber offenbar auf einen ausgesprochenen, nicht auf einen im Innern zurückbehaltenen Willen.

Als Willenserklärung erscheint ferner die nuda voluntas in der l. 4 § 1 dig. de peculio 15, 1 (Pomponius):

Sed hoc ita verum puto, si debito servum liberare voluit dominus, ut, etiamsi nuda voluntate remisit dominus, quod debuerit, desinat servus debitor esse.

Wenn der Schuldner durch den Herren gegenüber seinem Knechte — ein Rechtsgeschäft, welches uns an das Evangelium Matthäi Kap. 18 V. 27 erinnert — nuda voluntate geschah, so heisst dies offenbar nur, dass der Sklave nicht, wie ein freier Schuldner in gleichem Falle, eine Zustimmungserklärung abzugeben brauchte, sondern dass die einseitige Erklärung des Herrn genügte. — Die Annahme, dass der Herr durch eine blosser, vielleicht Dritten erkennbar gewordene Willensregung den Schuldner befreien konnte, musste einem Pomponius so unjuristisch vorkommen, dass er das Gegenteil als selbstverständlich voraussetzte¹⁾.

Mehr Bedenken könnte die Gegenüberstellung von zwei wichtigen Stellen erwecken, nämlich der Worte Papinians in der l. 101 pr. dig. de condicionibus et demonstrationibus 35, 1:

¹⁾ Man könnte auch an den Willen des Testators denken, doch dieser letztere kann schwerlich ein Interesse daran haben, dass nicht der Legatar sein Vermächtnis mit einem andern teilt. Man könnte freilich auch an das concurrere velle denken. Entscheidend sind m. E. die Worte: si ea non refragabitur, dies kann doch wohl nur der Vertragswille sein, der sich für beide nur auf dasselbe Jahr richtet und für das nächste die Sache unbenutzt lässt.

¹⁾ Vgl. auch l. 8 (9) dig. de negotiis gestis 3, 5 (Scaevola): Pomponius scribit si negotium a te quamvis male gestum probavero negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Auch nolle heisst zuweilen „eine Ablehnung erklären“, arg. l. 1 § 6 dig. de success. ed. 38, 9.

. . . cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat.

mit l. 219 dig. de verborum significatione 50, 16 (Papinianus): In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem eius, qui suscepit, pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit.

Bedeutete der Anfang der Stelle, dass bei Verträgen auf den inneren Willen eines jeden der Kontrahenten in demselben Umfange gesehen werde, wie bei Testamenten auf den Willen des Testators, so könnte man meinen, dass, wenn auch nicht zum Begriffe, so doch aber jedenfalls zur Wirksamkeit eines obligatorischen consensus eine unbedingte innere Übereinstimmung der Kontrahenten gehöre. Nun heisst es aber nicht utriusque contrahentis voluntatem, sondern contrahentium voluntatem, d. h. es wird nicht auf den Sinn einer jeden einzelnen Erklärung für sich, sondern auf die Bedeutung desjenigen Willens, der zu einem gemeinsamen Willen beider Kontrahenten (contrahentium) geworden ist, gesehen und von diesem bestimmt, dass es auf den Sinn, nicht auf den Wortlaut seiner Feststellung ankommen soll. Von dem Falle aber, in welchem einer von den beiden einen nicht erkennbaren Willen für sich hatte, wird hier überhaupt nicht gesprochen.

Es gilt hier von der voluntas duorum genau dasselbe, was oben von dem consensus duorum gesagt ist.

Die letzten beiden Stellen berühren den Gegensatz von voluntas und verba, der inzwischen durch vortreffliche Ausführungen eine weitere Aufklärung erfahren hat¹⁾. Durch rechtshistorische Auslegungen ist dargelegt worden, dass die voluntas, welche sich allerdings neben der verba eine Anerkennung errungen hat²⁾, nicht etwa der innere Wille im Gegensatz zu der erkennbaren Äusserung war, sondern der

¹⁾ Durch v. Hollander, Zur Lehre vom error nach römischem Recht, Halle 1898 S. 16, 24 ff., mit Bezugnahme auf Voigt, jus naturale Bd. III S. 3 ff., 10 ff., 171 ff.

²⁾ Hierauf beruht BGB. § 133.

formlos geäußerte Wille, der sich neben das Vertragsformular stellte, ein Gegensatz, der noch heutzutage wichtig ist, nicht bloss, wo eine Formvorschrift vorliegt (z. B. im Falle des § 313 BGB.), sondern überall, wo jemand einen bestimmten Willen erklärt und daneben einen abweichenden wahren Willen erkennbar macht. Die Beachtung dieser formlosen Erkennbarmachung des Willens neben der Hauptäußerung (*voluntas praeter verba contractus declarata*) war ein Sieg der formlosen Willensoffenbarung über den Formalismus des älteren Rechts. Diesen Sieg darf man aber nicht dahin missdeuten, als beziehe er sich auch auf den bei der Erklärung gar nicht erkennbar gewordenen Parteiwillen, d. h. eine *voluntas tantum naturalis, non civilis*.

Wir sehen hierbei, dass es überhaupt verfehlt ist, überall den verborgenen Willen und den Erklärungsinhalt so in Gegensatz zu setzen, als ob es kein Drittes gebe. Dies Dritte ist aber von Wichtigkeit. Es ist der zwar nicht mitgeteilte, aber doch erkennbar gewordene Wille. Dies aufgeklärt zu haben ist von Hollanders Verdienst.

Der Erörterung bedarf auch noch die *lex 5 dig. de adoptione*. I 7, welche ebenfalls von Dirksen, *manuale sub voce consensus* angeführt wird, um die Synonymität von *consensus* einerseits und *arbitrium* andererseits zu beweisen. Celsus sagt daselbst:

*In adoptionibus eorum dumtaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur. Sin autem a patre dantur in adoptionem, in his utriusque arbitrium spectandum est vel consentiendo vel non contradicendo*¹⁾.

Es muss zugegeben werden, dass der *consensus* identisch mit *arbitrium* ist²⁾, allein auch dies *arbitrium* wird hier, wie bei dem Schiedsspruche, lediglich als Erklärung aufgefasst. Dass bei dem Adoptionsakte ebensowenig wie sonst dem Kinde direkt in das Herz gesehen werden kann, liegt auf der Hand.

¹⁾ Vgl. über diese Stelle Bruns, *Kleine Schriften*, Weimar 1882; *Pandektenfragmente* S. 461. Da bei *infantes* das blosses Schweigen nicht als ein wirklicher Konsens aufgefasst werden kann, so ist bei ihnen der Konsens ausnahmsweise entbehrlich, oder, wie Bruns a. a. O. nach der üblichen Ausdrucksweise es nennt, ein „fingierter“.

²⁾ Anders die erste Auflage.

Das *consentire* und das *non contradicere* werden hier als conträre Gegensätze behandelt. Verstünde man unter *consentire* eine innerliche Willensharmonie, so würde dies nicht genau sein, da das *non contradicere* der Regel nach mit dem inneren Einverständnis zusammentrifft; während, wenn man *consentire* auch hier mit „beistimmen“ übersetzt, die Stelle einen durchaus korrekten Sinn ergibt.

Der zuletzt besprochene Gegensatz von *consentire* und *non contradicere* wiederholt sich in der *lex 2 § 1 dig. soluto matrimonio* 24, 3 (Ulpianus):

Quod si in patris potestate est et dos ab eo profecta sit, ipsius et filiae dos est, denique pater non aliter, quam ex voluntate filiae petere dotem nec per se nec per procuratorem potest.

§ 2. *Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus ut consentiat an vero ne contradicat filia? Et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam nisi evidenter contradicat, videri consentire patri*¹⁾. Auch der Inhalt dieser Stelle bestätigt das soeben Ausgeführte²⁾.

Neben den bisher beigebrachten Beweisstücken und den indirekten Beweisen, welcher der gesamte Inhalt dieser Schrift gewähren soll, finden sich begreiflicherweise auch viele völlig indifferente Stellen, in welchen man *consensus* ebensogut mit „innerer Willensübereinstimmung“ wie mit „Zustimmungs-erklärung“ übersetzen kann³⁾.

Den für den Leser ermüdenden Beweis ihrer Bedeutungslosigkeit für die vorliegende Frage durch eine vollständige Erörterung des Inhaltes dieser Stellen hier zu übernehmen, wird er wohl dem Verfasser gern erlassen. Sollte sich wirklich aus ihnen ein Argument für die herrschende Meinung herausleiten lassen, was der Verfasser bestreitet, so wird es wohl an kampfeslustigen Verfechtern solcher Deduktionen nicht fehlen⁴⁾.

¹⁾ Vgl. auch *l. 5 dig. de serv. praed. urb.* 8, 2.

²⁾ Die von Zitelmann, *Dogm. Jahrb.* 16 S. 425, erwähnte *l. 165 dig. de reg. jur.* 50, 17 beweist für die vorliegende Frage nichts.

³⁾ Vgl. z. B. *l. 14 § 6 dig. de muner. et honor.* 50, 4, *l. 160 dig. de div. reg. j. u. a. m.*

⁴⁾ Diese Bemerkung ist bekanntlich in hohem Masse bestätigt worden, vgl. namentlich die gegen den Verfasser gerichtete Schrift v. Hans Fritsche,

Hier sollen nur noch einige Fragmente Erwähnung finden, welche den bisher geführten Beweis wenigstens indirekt unterstützen, ohne ihn freilich direkt zu erbringen.

Hierher rechnet der Verfasser die l. 145 dig. de reg. juris 50, 17 (Ulpianus):

*Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt et consentiunt*¹⁾.

Es wäre freilich möglich, dass hier *consentire* die innere Übereinstimmung bedeutet, viel wahrscheinlicher ist es aber, dass es die Erklärung bezeichnet; denn die Frage, ob hier ein Betrug vorliege, konnte doch nur auftauchen, wenn das Opfer desselben sich zu einer wirklichen Erklärung hatte hinreissen lassen. Entweder also hat Ulpian in der Aufführung des Tatbestandes seiner Art zuwider einen wesentlichen Umstand, die Erklärung, aufzuführen vergessen, oder *consentire* bedeutet auch hier den Erklärungsakt.

Auf eine Zustimmungserklärung deutet ferner l. 7 pr. dig. quibus modis pignus 20, 6 (Gajus) hin:

Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca: sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si praesente tutore auctore consenserit aut etiam ipse tutor, scilicet si commodum aliquid vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit.

Eine blossere innere Zustimmung des Pupillen in Gegenwart des Vormunds, also eine blossere Willensübereinstimmung mit dem tutor genügt nicht zu dem Begriffe des consensus, sondern eine Mitwirkung des pupillus bei dem abzuschliessenden Geschäfte war erforderlich. Dies geht daraus hervor, dass die Quellen bekanntlich in der Regel den Pupillen selbst als den eigentlich Kontrahierenden bezeichnen²⁾.

Untersuchung über die Bedeutung von consensus und *consentire* in den Dig., Berlin 1888, die durch Anhäufung von Stellen, die nichts beweisen, den Satz verletzt: *Non multa sed multum*; vgl. gegen diese Schrift den Art. consensus in Pauly-Wissowa, Realencyklopädie und des Verfassers Schrift: Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1889 S. 23 Anm. 46; Verhandl. des 20. deutschen Juristentages Bd. III S. 45 und v. Hollander a. a. O. 1898 S. 19 f.

¹⁾ Vgl. hierzu Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbs Bd. II S. 399 Anm. 2.

²⁾ So z. B. oben in der zitierten l. 7 pr. dig. quibus modis 20, 6.

Eine Unrichtigkeit müsste ferner nach der herrschenden Meinung auch die l. 12 § 3 dig. de captivis 49, 15 (Trypho- ninus) enthalten. Dasselbst heisst es:

Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset: nam utique nec dissentire.

Das ist nun nur insofern richtig, als der gefangene Vater zu Zustimmungs- und Widerspruchserklärungen ausserstande ist. Dass er in seinem Innern mit der Ehe des Sohnes einverstanden sein kann, kann wohl kaum bezweifelt werden. Meist wird sogar der Sohn bei der Wahl seiner Gattin ausser Zweifel darüber sein, ob er im Sinne seines Vaters handelt oder nicht.

Alle bisherigen Beweise waren bisher doch immerhin bis zu einem gewissen Grade bloss mittelbare, sie legten dar, dass *consentire* in gewissen Stellen entweder überhaupt oder doch wahrscheinlicherweise nichts anderes als „Beistimmungserklärung“ bedeuten kann. Wir besitzen aber auch ein direktes Zeugnis über die Bedeutung dieses Wortes, welches fast geschrieben zu sein scheint, um Irrtümern, wie sie in Deutschland herrschten, vorzubeugen; so genau zergliedert es den Tatbestand des consensus in seine Elemente.

Es ist dies die Erklärung Ulpians in der l. 1 § 3 dig. de pactis 2, 14:

Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt, nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus (diese motus sind dasjenige, was man vielfach irrigerweise unter consensus versteht) in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.

Was die *sententiae* im Sinne der Quellen sind, ward oben schon angedeutet. Dieses *decurrere* ist das Herausfliessen der beiderseitigen Redeströme aus dem Innern, bis sie sich in der Unterwerfung unter eine und dieselbe Vertragsbestimmung treffen. Diese *confluentia* der beiden Redeströme unterscheidet sich von den beiden Äusserungen, deren Zusammentreffen er

bezeichnet, wie, sofern ein etwas drastisches Bild erlaubt ist, die Stadt Coblenz von den Flüssen, nach deren Berührung sie genannt ist. So bezeichnet denn, worauf Cujacius¹⁾ aufmerksam macht, im Griechischen dasselbe Wort, welches den Zusammenfluss zweier Gewässer bezeichnet, den consensus²⁾.

Zu erwähnen ist noch die bekannte lex 1 pr. § 1, 2 dig. de pactis 2, 14 (Ulpianus)³⁾:

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare?

Pactum autem a pactione dicitur⁴⁾ (inde etiam pacis nomen appellatum est)⁵⁾ et est pactio duorum plurimumve in idem placitum et consensus.

Dies „et“ gehört den besseren Handschriften an und könnte vielleicht Bedenken erwecken. Glücklicherweise beweist auch das principium, lex 1 cit. 2, 14, dass Ulpian unter placitum einen Vorgang innerhalb der Aussenwelt versteht; schon das inter eos placuerunt deutet darauf hin.

Zwischen den Paciscenten liegt eben die Aussenwelt.

Man könnte fragen, warum hier wohl das placitum noch neben dem consensus erwähnt und nicht wie gewöhnlich von letzterem allein geredet worden sei. Nach der Meinung des Verfassers soll das placitum eine Eigenschaft des Vertrages andeuten, welche durch das Wort consensus nicht genügend gekennzeichnet ist und umgekehrt⁶⁾. Während nämlich das

¹⁾ Opera. Neapoli 1758, tom. I pag. 9, 18 B., wo er auf den Ausdruck σύμφωνον bei Theophilus hinweist.

²⁾ Vgl. Stephanus im thesaurus unter „συμβολή“. Dies bedeutet conjunctio, concursus confluentium. Σύμβολα ist ein arkadisches Coblenz, συμβολαύγραφος der tabularius, qui contractus scribit, συμβάλλειν heisst pacisci, συμβολατεύειν abstimmen.

³⁾ Vgl. hierzu namentlich Cujacius ad titulum de pactis II 14 op. Neapoli 1758, tom. I p. 915.

⁴⁾ Vgl. über diese „more Stoicorum“ aufgestellte Etymologie Cujacius a. a. O. X 876 A.

⁵⁾ Vgl. v. Ihering, Geist des römischen Rechts 4. Aufl. Bd. I S. 136 § 11 a Anm. 45: Cujacius, ad titulum de pactis opera Neapoli 1758 I p. 917 c I 9 p. 26 A.

⁶⁾ Vgl. oben S. 32 über das placitum des Urhebers einer pollicitatio, das von einem rechtserheblichen consensus nicht begleitet ist.

Wort consensus auf die Zustimmung zu dem, was der andere Teil erklärt, hinweist, deutet das placitum auf die Anordnung hin, der der andere Teil beistimmt.

Das Wort consensus bedeutet nämlich öfters in den Quellen auch eine Beistimmung zu Meinungen, nicht zu Anordnungen. Vgl. z. B. l. 1 § 3 dig. de ususfr. ad resc. 7, 2 (Ulpianus) verbis:

omnes enim auctores apud Plantium de hoc consenserunt: l. 10 § 2 dig. de pactis 2, 14 (idem) verbis:

et Julianus scribit et alii plerique consentiunt¹⁾.

Hiervon soll das pactum als eine auf einen Erfolg gerichtete Einigung durch den Zusatz placitum unterschieden werden. Freilich deutet dies letzte Wort namentlich bei Nichtjuristen auch auf blosse Ansichten oder Meinungen hin²⁾, allein in den Rechtsquellen ist es bekanntlich ein terminus technicus für Senatsschlüsse und Kaisergesetze, und es wird also in der angezogenen Stelle das placitum privatum dem placitum publicum in ähnlicher Weise gegenübergestellt, wie es sonst mit der lex privata hinsichtlich der lex publica geschieht^{3) 4)}.

¹⁾ Vgl. auch Quintilianus lib. 9 cap. 1 § 17 inter plurimos consensus est. Gellius noctes Atticae 3, 11 super aetate Homeri atque Hesiodi non consentitur.

²⁾ So spricht z. B. Plinius hist. nat. 15 cap. 5, 1 von den Catonis placita de olivis.

³⁾ Auch der Senatsschluss konnte füglich placitum et consensus heissen; vgl. Livius lib. 8 cap. 6 § 8 consensit et senatus bellum. Auch das Gewohnheitsrecht, namentlich das durch Einigung der Juristen erzeugte, heisst öfters placitum. Vgl. z. B. l. 25 dig. de jure dotium 23, 3.

⁴⁾ Hält man fest, dass „placet“ eine Äusserung bedeutet, so wird man auch, abweichend von der herrschenden Meinung, in der Bedingung si placuerit (§ 4 inst. de emptione 3, 23) eine Erklärung des Gefallens und in dem si displicuisset (l. 20 § 1 de praeser. verbis 19, 5) eine solche des Missfallens erblicken müssen. Vgl. übrigens Fitting in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Band V S. 86 ff., Windscheid, Pand. § 93 Anm. 6, Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts § 92. Dahingestellt bleibe, inwieweit der Gegensatz zwischen den Wendungen si volam und quum voluero (d. h. in dem Augenblicke der Geschäftsausführung) mit dem Unterschiede zwischen innerem und erklärtem Willen zusammenhängt, wie die erste Auflage annahm, und ob er nicht vielmehr mit dem Gegensatz eines bei der Geschäftsausführung und

Dass bei dem placitum auch an die äussere Abrede gedacht wird, ergibt sich z. B. aus lex 45 dig. de pactis II 14 (Hermogenianus):

Divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.

Hier bezeichnet placitum nicht das innere Einverständnis, sondern die sichtbaren Tatsachen der Tradition und Stipulation, ebenso in cst. 3 Cod. de rerum permutatione et de praescriptis verbis IV 64 (Diocletianus et Maximianus):

Ex placito permutationis re nulla subsecuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem.

Der Verfasser kann es sich nicht versagen, auch den Sprachgebrauch der nichtjuristischen Schriftsteller in Betracht zu ziehen.

Hier ist nun vor allem zu beachten, dass bewährte Lexikographen bei den Wörtern consensus, consensio, consentire die ursprüngliche Bedeutung, in welcher sie auf Menschen angewandt werden, und welche, da unsere Quellendefinition von konsentierenden Personen redet, für uns allein in Betracht kommt, scharf von der Anwendung dieser Worte auf unkörperliche Dinge als einer übertragenen und somit bildlichen trennen. In dieser letzteren¹⁾ für uns uninteressanten Bedeutung bezeichnen jene Worte allerdings eine Harmonie, eine übereinstimmende Beschaffenheit²⁾, und dies mag wohl der Grund sein, warum

eines schon vorher erklärten Willens beruht (vgl. l. 8 dig. de obl. et act. 44, 7, l. 46 § 2 dig. de verb. obl. 45, 1).

¹⁾ So Forcellini im lexicon sub voce consensus unter translate. Georges Lexikon bei consentire unter „übertragen“; vgl. aber auch jetzt vocabularium jurisprudentiae Romanae consentio sub II congruere, l. 34 dig. de stip. serv. 45, 3 (Javolenus) et ipsius et emtonis existinatio consentit, l. 14 dig. de acceptil. 46, 4 (Paulus) nisi consentiat acceptilatio cum obligatione.

²⁾ Vgl. die angeführten Lexica und Cicero de divinatione II 14 § 34 conjunctio naturae et quasi concentus atque consensus, ähnlich de finibus bonorum et malorum lib. III cap. 3 ratio nostra consentit, oratio pugnat. Auch wir sagen, dass die Himmel des Ewigen Ehre verkündigen, dass Steine reden, Freveltaten zum Himmel schreien, eine Ähnlichkeit sprechend sei und dergleichen mehr. Diese uneigentliche Bedeutung ist allein berücksichtigt

man neuerdings unzulässigerweise von der übertragenen Bedeutung auf die ursprüngliche und gewöhnliche zurückschliessend diese letztere missverstand. Als der gewöhnliche Sinn von consentire wird sowohl von Forcellini¹⁾ als auch von Georges²⁾ die Abgabe von Erklärungen bezeichnet.

Auch hier finden sich, wie in den Rechtsquellen, viele Stellen, bei denen die Übersetzung des Wortes consensus sowohl als Willensregung wie als Willensübereinstimmung (dauernde Willensstimmung) gleich gut möglich ist³⁾, einige wenige sogar, bei denen man vielleicht die letztere Auslegung für die natürlichere halten wird⁴⁾. Stellen, welche zu ihr zwingen, hat der Verfasser trotz des redlichsten Bemühens nicht zu finden vermocht⁵⁾, dagegen gibt es auch hier, wie in den Pandekten, eine Reihe von Stellen, in denen die Beziehung des consensus auf eine bloss innere Übereinstimmung schlechterdings undenkbar ist.

in der lateinischen Synonymik von Schultz, 6. Ausg. Paderborn 1868 S. 117, ebenso in dem etymologischen Wörterbuche der lateinischen Sprache von Alois Vaniček, Leipzig 1874 S. 174.

¹⁾ Forcellini definiert in seinem lexicon consentio als actus (nicht als status) consentiendi und bemerkt vom consensus: idem fere quod consentio. Von consentio sagt er, es heisse proprie una sentio, doch versteht er unter una sentire nicht eine innere Übereinstimmung der Willen oder Meinungen, sondern nur der Empfindungen (uno senso percipere); auch weiss er für diese angebliche eigentliche Bedeutung nur eine Dichterstelle (Lucret. 4, 797, in manchen Ausgaben 4, 795) anzuführen, während er für die übertragene gewöhnliche Bedeutung = convenire eine sehr grosse Anzahl von Belegen beibringt.

²⁾ Georges bezeichnet consentire in seinem Lexikon als

I. mit jemandem über etwas übereinstimmen, übereinstimmend oder einstimmig etwas behaupten, beschliessen, sich zu etwas verschwören, sich verschwören, verabreden.

II. übertragen von Leblosen, harmonieren, passen.

Fritsche a. a. O. (oben S. 53 Anm. 4) führt hierzu auch noch Freunds Lexikon an. S. 17 Anm. 2.

³⁾ So auch Brie a. a. O. (oben S. 37 Anm. 1). Über das vocabularium jurispr. Rom. s. oben S. 45 Anm. 2.

⁴⁾ Cicero spricht de officiis I cap. 2 von einem sibi ipsi consentire; doch heisst dies dort, wenn man genauer zuseht, das Verhalten eines Menschen, welcher seinem Charakter treu bleibt, und ist jedenfalls bildlich gemeint. In der oratio in Vatinius heisst es cap. 9 § 23: de communi salute consentimus, doch kann dies sehr wohl auf gemeinsame Beratungen zum Wohle des Staates bezogen werden.

⁵⁾ Abgesehen von den S. 58 Anm. 1 angeführten.

Bei Plinius heisst es *consensu laudatur*¹⁾ und ebenso sagt Cicero in der *oratio pro L. Flacco cap. 41 § 103*:

Sed, quid ea commemoro, quae tum, cum agebantur uno consensu omnium, una voce populi Romani uno orbis terrae testimonio, in caelum laudibus efferebantur?

Bei Livius vollzieht sich der Majoritätsbeschluss *consensu*²⁾. Wenn sich Verschwörer zusammenrotten, so heissen ihre Unterhandlungen *consensiones*³⁾. Die Mitwirkung an einem Abfall, durch welchen sich jemand blossgestellt hat, heisst bei Livius ein *consensus*⁴⁾.

Der *consensus* wird von Cicero neben der *vox* und dem *clamor* als ein Mittel der *approbatio* erwähnt. So in der *oratio in L. Pissonem cap. 1 § 7*:

Mihi populus Romanus universus . . . aeternitatem immortalitatemque donavit, cum meum jus jurandum tale atque tantum, juratus ipse, una voce et consensu approbavit.

Philippica quarta cap. 1 § 2:

hostem illum esse, tanto consensu tantoque clamore approbavistis.

Ganz besonders bedeutsam ist aber die Bemerkung Ciceros de *amicitia cap. 23*:

una est enim amicitia in rebus humanis, de cujus utilitate omnes uno ore consentiunt.

Allerdings sagt derselbe in der ersten *Philippica cap. 9*:

*Omnes jam civis de reipublicae salute una et mente et voce consentiunt*⁵⁾,

oder gar in der vierten *Philippica cap. 3*:

*Omnes mortales una mente consentiunt omnium arma . . . contra illam pestem esse capienda*⁶⁾.

¹⁾ Natur. hist. lib. 17 cap. 5 § 3.

²⁾ Lib. 1 cap. 32 § 12 — lib. 36 cap. 40 § 10.

³⁾ Cicero, epistola ad Atticum lib. X No. 4 b.

⁴⁾ Lib. 23 cap. 15.

⁵⁾ Vgl. *Philippica prima c. 12 § 30*: *Recordare, quaeso, Dolabella, consensum illum theatri, cum omnes earum rerum obliti, propter quas tibi fuerant offensi, significaverunt, se novo beneficio memoriam veteres doloris objecisse. Das significare heisst hier consensus.*

⁶⁾ Vgl. auch die *oratio IV in Catilinam c. 9 § 18*: *omnes ordines ad conservandum rempublicam mente, voluntate, studio, virtute voce consentiunt.*

Dies beweist aber nur, dass auch ausserhalb der Rechtsprache den Römern die Benennung des Gedankens und der Rede mit einem und demselben Worte geläufig war¹⁾.

Auch mit der Etymologie des Wortes stimmt das Gesagte überein. Es ist sicher, dass die Präposition „con“, mit Zeitwörtern zusammengesetzt, bald ein Nebeneinander von Zuständen oder Handlungen bezeichnet, bald darauf hindeutet, dass mehrere Dinge zueinander kommen oder gebracht werden²⁾. So heisst z. B. *conclamare* einerseits als Intransitivum zugleich mit einem andern rufen, andererseits als Transitivum mehrere zusammenrufen (ähnlich verhält es sich mit *concordare*, *concupere* u. dgl.)³⁾.

Hiernach scheint im Pandektenlatein das Wort *consensus* auch in der Tat — was in den obigen Ausführungen noch nicht hervorgehoben worden ist — ein doppeltes zu bezeichnen, eine Beistimmung neben einem andern und eine Beistimmung gegeneinander zu derselben rechtsgeschäftlichen Festsetzung. Die letztere wäre einerseits das, was wir oben als Vertrag, andererseits das, was wir als Beschluss gekennzeichnet haben, die erstere das, was im Sinne der heutigen Sprache Konsens (Zustimmungserklärung) genannt wird, z. B. der Konsens zur Ehe, zur Veräusserung einer dem Konsentierenden gehörigen Sache durch den Nichteigentümer u. dgl. m. Hier stimmt der Konsentierende neben einem andern gegenüber einem Dritten irgend einem Geschäftsinhalte oder einem Verhalten zu oder er erlaubt etwas⁴⁾.

¹⁾ Vgl. Merguet, Lexikon zu den Reden des Cicero (oben S. 21 Anm. 2).

²⁾ Auf die Bewegung mehrerer Dinge gegeneinander beziehen sich *concupere, concidere, conciere, conciliare, concoquere, concludere, concumbere, concupiscere, concutere, condicere, concurrere* u. dgl. m.; vgl. hierzu oben S. 59 Anm. 1 a. E.

³⁾ Da ein Zusammenkommen nicht bloss durch ein beiderseitiges Entgegengehen, sondern auch dadurch, dass der eine zu dem andern kommt, möglich ist, so erscheint *convenire* auch als *verbum transitivum* und bezeichnet als „Verklagen“ einen unwillkommenen Besuch, welchen der aktive Teil dem passiven abstattet, oder richtiger eine Heimsuchung des letzteren.

⁴⁾ In diesem Sinne reden z. B. l. 14 § 6 dig. de numeribus et honoribus 50, 4, l. 11 § 1 dig. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur 20, 6, cst. 11 Cod. Theodosiani de metallis 10, 19, l. 48 pr. dig. de operis libertorum 38, 1, l. 160 dig. de diversis regulis juris 50, 17, l. 165 eodem 50, 17, l. 6 dig. de

Den Glauben an diese Doppeldeutigkeit des Wortes consensus, der noch in der ersten Auflage festgehalten wurde¹⁾, hat der Verfasser inzwischen überwunden²⁾. Beide Bedeutungen werden in den Quellen nicht voneinander unterschieden, denn bei beiden stimmt jemand dem zu, was ein anderer gesagt hat oder sagen will.

Einen durchschlagenden Beweis für die Identität des consensus der Vertragsparteien mit dem consensus dritter Zustimmungsberechtigter gewährt Paulus in l. 2 dig. de nuptiis 23, 2:

Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes i. e. qui coeunt quorumque in potestate sunt.

Da nun sentire auch und sogar der Regel nach ein inneres Empfinden oder Wollen bezeichnet, so würde es ja nicht undenkbar sein, dass sich das Wort consensus auch als Bezeichnung eines nebeneinander bestehenden Empfindens und Wollens mehrerer Personen ausgebildet hätte. Es ist dies aber nun einmal, wie der Verfasser nach Lage der Quellen annehmen zu müssen glaubt, nur in der bildlichen Anwendung des Wortes auf unpersönliche Dinge geschehen³⁾.

Für geradezu auffallend würden wir es aber halten müssen, dass Ulpian, wenn er mit consensus die innere Übereinstimmung der Willen bezeichnen wollte, dieselbe einen consensus in idem

adoption. I 7, l. 10 dig. eodem, l. 25 (26) dig. de negotiis gestis 3, 5, l. 5 dig. de serv. praed. 8, 2, l. 8 § 1 dig. de procurat. 3, 3, l. 45 § 5 dig. de ritu nuptiarum 23, 2, l. 7 § 1 dig. de sponsal. 23, 1, l. 30 dig. de novat. 46, 2, c. l. 11 pr. Cod. de remissione pign. 8, 25 (26), est. 5 in fine Cod. de emanc. 8, 48 (49), pr. inst. de nuptiis I 10, l. 67 pr. dig. pro socio 17, 2, l. 14 § 5 dig. de divers. temp. praescr. 44, 3, l. 31 § 3 dig. de querela inoff. 5, 2; vgl. Ihering, Dogm. Jahrb. Bd. I S. 303 ff., II 121 ff., Wendt, ebenda XIX S. 385.

¹⁾ So auch z. B. Lotmar in Brinz, Pandekten 2. Aufl. S. 462 (Sachregister), woselbst die beiden Bedeutungen unterschieden werden. Vgl. auch Brie a. a. O. S. 35 Anm. 1. Auch das vocabularium jurispr. Romanae sondert s. voce consensus und consentio den adsensus (ratihabitio) scharf von der communis voluntas sive opinio, gibt aber zu, dass beides consensus heisst. Man könnte in diesem Sinne den consensus mutius und den consensus non mutius unterscheiden.

²⁾ In seinem Artikel consensus in Pauly-Wissowas Handbuch der klass. Altertumswissenschaft.

³⁾ Vgl. oben S. 58 Anm. 1.

statt in eodem genannt hätte. Dies scheint dem Verfasser so unlateinisch, dass es nach seiner Meinung ausgeschlossen sein muss. Ja selbst wenn wirklich consentire in seiner eigentlichen Bedeutung sich gleich gut auf innere Übereinstimmungen wie auf das äussere Beistimmen sollte beziehen lassen, so würde es uns doch unbenommen bleiben müssen, diejenigen der beiden denkbaren Übersetzungen des Wortes, welche allein unsere Quellen zu erklären vermag, als die eigentlich juristische zu bezeichnen.

Zum Schlusse möge eine kurze dogmengeschichtliche Ausführung dartun, auf welchen Entwicklungsstufen das Endergebnis: consensus ist rechtserhebliche Beistimmung zur Äusserung eines andern vom Verfasser gewonnen ist¹⁾:

1. Ausgangspunkt war der Angriff gegen die Lehre: „Consensus ist die Harmonie mehrerer Willensstimmungen“.
2. Röver lehrte: es ist die Harmonie mehrerer Erklärungen.
3. Die erste Auflage nahm einen doppelten Konsensbegriff an:
 - a) bei Verträgen sei consensus das Zusammenkommen (conventio) mehrerer Erklärungen;
 - b) bei Zustimmungen zu fremden Geschäften bedeute es eine Einverständniserklärung.
4. Der Artikel consensus in Pauly-Wissowas Enzyklopädie lehrt: consensus ist immer dasselbe: kein ruhender Zustand, sondern eine Bewegung, keine Harmonie, sondern ein Willensakt, die Willensregung des Einverständnisses, m. a. W. eine Zustimmung (Beistimmung)²⁾.
5. Endergebnis. Consensus im juristischen Sinne be-

¹⁾ Eine folgerichtige Entwicklung ist kein Zickzack-Kurs, auch nicht eine Änderung des Standpunktes (vgl. oben S. 5 Anm. 2). Manche scheuen derartige Verbesserungen ihrer Einsicht, weil sie, gleich Pilatus, unbedingt an dem festhalten, was sie einmal geschrieben haben. Darin liegt ein Haupthemmschuh des Fortschritts der Wissenschaft und der gegenseitigen Verständigung. Deshalb gesteht der Verfasser gern zu, von seinen Gegnern gelernt zu haben.

²⁾ Zwischen consensus und adsensus besteht hiernach kein Unterschied. Das vocabularium jurispr. Romanae hält beides nur zuweilen, nicht immer für identisch.

zeichnet keine Harmonie, sondern eine Willensregung, nämlich eine bald äusserliche, bald innerliche Beistimmung, immer bedeutet es die rechtserhebliche Beistimmung. In der Regel liegt sie in der Aussenwelt, weil die Verkehrssicherheit dies verlangt. Wo dies nicht der Fall ist, kann sie sich auch im Innern eines Menschen vollziehen, wie unten näher ausgeführt werden soll.

Über dies Ergebnis: Rechtserhebliche (gegenseitige oder einseitige) Beistimmung wird man schwerlich noch weiter hinauskommen¹⁾.

¹⁾ Der Verfasser hält es nicht für bedeutungslos, welchen Sinn die aus dem römischen *consentire* herausgewachsenen ähnlichen Ausdrücke neuerer Sprachen, insbesondere in den Gesetzbüchern romanischer Völker haben. Er verweist deshalb auf seine Ausführungen im III. Jahrgang 1897 des Jahrbuchs der internationalen Vereinigung für vergl. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre Abt. I S. 62. Über die engl. Praxis siehe Schuster, Archiv f. Theorie u. Praxis des Handelsrechts IV S. 317 ff. Weiteres Quellenmaterial vgl. in des Verf. Juristentagsgutachten (XX. Juristentag Bd. III S. 50 Anm. 54 [Der Irrtum als Nichtigkeitsgr. S. 28 Anm. § 4] überhaupt in dieser Schrift S. 18 ff., Gutachten 40 ff.), ferner den mehrfach angeführten Artikel *consensus* in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klass. Altertumswissenschaft, sowie aus der auf des Verf. Schrift Bezug nehmenden Literatur vornehmlich einerseits Eisele, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 25 S. 440, Lotmar, Münchener krit. Vierteljahrsschr. XXV 368 ff., XXVI 220 ff., Drucker, Rechtsgel. Magazijn III 1884 S. 238—262 (*Eene Bijdrage ter vereenvoudiging van der leer der Overeenkomsten*), Regelsberger, Ztschr. f. Handr. XXIX S. 308 ff., Mandry, Arch. f. ziv. Pr. LXVI S. 480 ff., Fritsche, Untersuchung über die Bedeutung von *consensus* und *consentire* in den Digesten, Berlin 1888, Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889, S. 107 f., Windscheid-Kipp, Pand. § 75 A. 1, und andererseits Graf Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbs 1885 Bd. I S. 19, 185 (anders Bd. II S. 28 ff.), Schuster in Buschs Archiv für Handelsrecht Bd. IV S. 317 ff., Dernburgs Pandekten §§ 92, 94, Hartmann, Archiv für ziv. Praxis Bd. 72 S. 177, Kindel, Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, Berlin 1892, S. 213 ff., Kühlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. I S. 317 A. 2, Kohler, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 28 S. 166 ff., und namentlich von Hollander, Zur Lehre vom *error*, Habilitationsschrift, Halle 1898 S. 19 ff. Über *Mc Keag*, *mistake in contract*, s. oben S. 5 Anm. 1. Weitere Literatur s. bei Windscheid-Kipp a. a. O. § 75 A. 1. Die Bedenken der Gegner hofft der Verfasser durch die neuen Ausführungen der zweiten Auflage beseitigt zu haben. Es handelt sich um eine Streitfrage, die wie ein Pfahl im Fleische der Quellenexegese steckt und schlechterdings beseitigt werden muss.

Die Erörterung über den Unterschied der *voluntas civilis* und *naturalis* d. h. der rechtserheblichen und der rein psychologischen Bedeutung desselben Wortes kann nicht abgeschlossen werden, ohne dass auf ein Seitenstück hingewiesen wird, das namentlich vom Grafen Piniński gefördert worden ist¹⁾, den *animus possidendi civilis* im Gegensatz zu dem natürlichen Besitzwillen. Bekanntlich ist die Lehre vom *animus possidendi* gegen den „Doktrinär“ Paulus von Ihering²⁾ mit so vielem Erfolge angegriffen worden, dass sie aus der ersten Lesung des Entwurfs unseres BGB. verschwand, freilich nicht ohne schlimme Zweifel zurückzulassen.

Es ist wohl möglich, dass dies nicht geschehen sein würde, wenn die Wissenschaft damals bereits zwischen dem natürlichen und dem rechtserheblichen Willen, insbesondere dem Besitzwillen, unterschieden hätte. Jener natürliche Wille kann vorhanden sein, ohne dass das Recht ihm beachtet, z. B. bei Sklaven, er kann aber auch fehlen, ohne dass die Rechtsordnung auf einen juristischen Besitzwillen verzichtet, den sie dann in der *causa possessionis* findet³⁾.

Wo der Staat es nicht wünscht, dass jemand der äusseren Sachlage des Besitzerwerbes einen nicht dazu passenden Willen unterlegt, da ist der Besitzwille in den äusseren Tatbestand gerade so fest gebannt, wie bei der unzweideutigen *voluntas contrahentis* in vertrauensbedürftigen Geschäften der erhebliche Parteiwille in die Erklärung eingeschlossen ist. Die Rechtsordnung will hier nicht in die Seele der Partei blicken und die Partei kann auch nicht verlangen, dass man hineinblicke. Der Schein trägt hier von Rechts wegen.

Genau so steht es mit dem *consensus*.

Unserem deutschen Sprachgeföhle tut es auch hier weh, etwas Nichtgewolltes Willen zu nennen. Allein eine wirklich sachliche Denkart stolpert nicht über terminologische Zwirnsfäden.

¹⁾ In seiner Schrift: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes, Leipzig 1885, 1888, die in diesem Punkte sich an die erste Auflage der vorliegenden Schrift anlehnt; vgl. besonders Bd. II S. 82 und 195. Vgl. auch den Verfasser dieses Buches in der KrVJSchr. Bd. 23 S. 340 ff.

²⁾ Der Besitzwille, Jena 1889.

³⁾ Arg. Celsus in l. 18 Dig. de adqu. v. a. 41, 2.

Der Verfasser weiss es sehr wohl, wie misslich es ist, als Jurist mit vorwiegend philologischen Waffen über ein Wort zu streiten, dessen Bedeutung Cicero — allerdings wohl in oratorischer Übertreibung — für höchst dunkel erklärt¹⁾. Gern hätte er daher einem Philologen von Fach die vorstehenden Ausführungen überlassen.

Allein, eben weil der Verfasser dem Philologen in derartigen Dingen unbedingt den Vortritt einräumt, legt er grosses Gewicht darauf, dass es seine und nicht die herrschende Meinung ist, welche mit den zitierten Ansichten philologischer Autoritäten übereinstimmt²⁾.

Was sich gegen das beigebrachte Material an stichhaltigen Argumenten etwa anführen liesse, vermag er nicht vorauszu- sehen³⁾, einen Einwand aber erwartete er schon früher mit Sicherheit. Er vermutete, man werde ihm wahrscheinlich erwidern, dass allerdings consentire Äusserungen bezeichne, dass aber die neben den Äusserungen vorhandene innere Willensübereinstimmung aus der „Natur“ der Willensklärung als Voraussetzung eines gültigen Vertrages folge. Ohne inneren Willen sei keine Willenserklärung denkbar; so hat man geradezu argumentiert. Wäre das wirklich wahr, so würde daraus freilich nur folgen, dass wir das Wort Willenserklärung hinfort nicht mehr zur Bezeichnung eines Tatbestandes verwenden dürfen, der nach Lage der Quellen sich aus äusseren Akten zusammensetzt. Wir würden dann statt dessen von „Abrede“, „Festsetzung“, „Bestimmung“ und dergleichen sprechen müssen. Man kann überhaupt nicht aus der Natur des Rechtsbegriffes gegen den quellenmässig bezeugten objektiven Rechtssatz argumentieren; denn der Begriff hängt von dem Inhalte

¹⁾ Oratio pro Cluentio cap. 57 § 157: Qui coierit quod quam late pateat videtis. Convenerit aequè infinitum et incertum est. Consenserit hoc vero cum incertum et infinitum, tum obscurum et occultum est.

²⁾ Vgl. auch Hellmann, Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften, München 1882 S. 126 Z. 5, und namentlich jetzt auch Bechmann, Der Kauf nach gem. Recht 2. Teil, Erlangen 1884 S. 10 ff.

³⁾ Das ist auch noch bei der zweiten Aufl. seine Meinung; vgl. hierzu den mehrfach angeführten Artikel: consensus in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie.

des objektiven Rechtssatzes ab¹⁾; wer diesen aus jenem erklären will, bewegt sich in einem Zirkel. Der Satz „Non jus ex regula, sed regula ex jure“ gilt nicht nur von den Regeln, sondern auch von den Begriffen des Rechtes, welche aus den Regeln folgen²⁾. Leider erfreut sich die nüchterne Wahrheit dieses Satzes durchaus nicht allgemeiner Anerkennung; denn nur zu oft ist man nicht damit zufrieden, die Rechtssätze aus den Quellen und, soweit diese zweifelhaft sind, aus ihrem Zwecke auszulegen und hiernach die tatsächlichen Erscheinungen des Lebens im Hinblick auf den Inhalt des Rechtes zu Begriffen zusammenzufassen, sondern man will durchaus Prinzipien finden, welche von der gegebenen historischen Quelle unabhängig sind.

Da man nun in Frage der Methodologie nicht leicht darauf rechnen kann, seine Gegner zu überzeugen, so bleibt dem Verfasser nichts anderes übrig, als die Ergebnisse der hier angegriffenen Methode von ihrem eigenen Standpunkte aus anzufechten und zu prüfen, ob aus den Obersätzen der Gegner, welche, statt aus den Quellen, aus den Begriffsmerkmalen die Erklärung und des Willens argumentieren, in der Tat die Schlussätze folgen, welche sie aus denselben ziehen. Diese Mühe wird auch vom Standpunkte des Verfassers aus keine zwecklose sein, weil er dabei eine Schutzwehr gegen Missverständnisse zu gewinnen hofft.

b) Das Wort „Erklärung“³⁾.

§ 3.

Wenn der Verfasser im Vorstehenden nachwies, dass der consensus nichts Innerliches, sondern ein Äusserliches sei, so

¹⁾ Diesen Satz hat der Verfasser in der zweiten Auflage unterstrichen. Er ist für ihn das A und O der Rechtswissenschaft.

²⁾ Vgl. hierüber namentlich Iherings Ausführungen in Schmollers Jahrb. für Gesetzg., Verwaltung und Volksw. Bd. VII Heft 1 S. 4.

³⁾ Als die wichtigsten Arbeiten über diesen Gegenstand sind seit der ersten Auflage neben zahllosen gelegentlichen Äusserungen zu erwähnen: Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893; Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes 1899; Wlassak,

war es ihm zunächst nur darum zu tun, die negative Seite dieser Behauptung klarzulegen. Die positive dagegen, d. i. die Schilderung der äusseren Vorfälle, welche den Vertragschluss¹⁾ bilden, ist unerlässlich, um den Einfluss, welchen der Irrtum auf die Unvollkommenheit der Vertragsabrede haben kann, zu verstehen. Schon oben wurde gelegentlich dieses Äusserliche als zwei Willensäusserungen bezeichnet, die man gewöhnlich Erklärungen nennt. Die erste Auflage unterschied noch nicht die Begriffe „Willensäusserungen“ und „Willenserklärungen“²⁾. Die neue Wissenschaft hat aber inzwischen einen Unterschied zwischen beiden scharf betont³⁾, der zurzeit nicht mehr übergangen werden kann. Es gibt mitteilungsbedürftige und nicht-mitteilungsbedürftige Willensakte. Ein feineres Sprachgefühl wird das Wort „Erklärungen“ gern auf die Mitteilungen beschränken und nicht auf die vom Verfasser sogen. „einsamen“ (d. h. in voller Einsamkeit wirksamen) Akte beziehen, wie es z. B. die Okkupation und die Spezifikation sind⁴⁾.

Man wird daher zurzeit gut tun, den zweideutigen Ausdruck Erklärungen, soweit dies möglich ist, zu vermeiden und durch den weiteren: „Willensäusserungen“ zu ersetzen, der jedenfalls auch auf ihn passt, und da, wo man den engeren

Das Rechtsgeschäft und das Verhältnis des Willens zur Erklärung nach dem BGB. 1902 (Vortrag); Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901 (Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts, Heft 5), und Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. 1906.

¹⁾ Der Verfasser sagt absichtlich: den Vertragschluss, nicht den Vertrag, denn das Wort „Vertrag“ ist doppeldeutig, es bedeutet sowohl die Vertragsverhandlungen als die durch sie erzeugten rechtlichen Folgen; vgl. hierüber namentlich v. Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. III Nr. 1, 2. und 3. Aufl. S. 149, 157 ff., § 53 II; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, Berlin 1877 S. 2.

²⁾ Ebenso Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs Bd. II S. 336.

³⁾ Vgl. statt vieler Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901 S. 61 ff., und des Verfassers allg. Teil, Berlin 1900 S. 275 ff.

⁴⁾ Die praktische Unterscheidung ist mit grosser Sorgfalt in Manigks Schrift durchgeführt, deren Ergebnisse übrigens dem Verfasser nicht durchweg zusagen.

Begriff ins Auge fasst, von Willensmitteilungen zu reden, weil eine Anwendung dieses Ausdrucks auf die sogen. einsamen Akte von vornherein unmöglich ist¹⁾.

Man hat behauptet, dass schon der blosse Begriff der Willensäusserung (von allen Rechtsquellen abgesehen) den inneren Willen ihres Inhalts mit Notwendigkeit voraussetze. Diese Behauptung wird man nicht prüfen können, ohne zu untersuchen, was der Inhalt einer Willensäusserung ist²⁾. Dies lässt sich aber nicht ermitteln, wenn man sich nicht hier, wie sonst, von der Annahme freimacht, dass das Verhältnis der Wörter unserer noch in lebendigem Flusse der Entwicklung begriffenen deutschen Rechtssprache zu den mit ihnen gewöhnlich bezeichneten Begriffen des rezipierten fremden Rechtes in einem ebensolchen unwandelbaren und festgegebenen Verhältnisse stehen, wie die entsprechenden Ausdrücke der lateinischen Sprache³⁾, so dass jedem juristischen deutschen Ausdrucke auch mit Notwendigkeit ein entsprechender fester Begriff des römischen Rechtes gegenüberstehe.

Die Geschichte lehrt das Gegenteil. Unsere deutsche Rechtssprache ist zum grossen Teile, während der Juristenstand lateinisch dachte und schrieb, von Nichtjuristen für nicht-juristische Zwecke und daher nicht in Übereinstimmung mit den technischen Rechtsbegriffen ausgebildet worden — ich erinnere nur an die Worte Anspruch, Besitz, Pflicht, Recht, Stellvertretung, Voraussetzung usw.⁴⁾, — die schwierige, aber dankenswerte Aufgabe der neueren Rechtswissenschaft ist es, zwischen der schwankenden Sprache des Lebens und dem Rechtsbegriffe eine feste Fühlung herzustellen und so überhaupt erst eine deutsche Rechtssprache zu schaffen, die die lateinischen termini

¹⁾ Der Unterschied wird uns namentlich bei der Beurteilung der Vertragsannahme in § 6 beschäftigen.

²⁾ Der Ausdruck ist inzwischen zum Gesetzeswort gestempelt worden, § 119 BGB.

³⁾ Auch diese sind, wie oben hervorgehoben wurde, vielfach mehrdeutig, aber doch in ihrer Mehrdeutigkeit fest.

⁴⁾ Vgl. über diese Differenz zwischen der Rechtssprache und der Rede-weise der Laien Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. II § 38 3. Aufl. S. 332 Anm. 482.

technici allmählich entbehrlich macht¹⁾. Dass dies bereits völlig gelungen ist, davon kann noch nicht die Rede sein; der Verfasser hofft, indem er mit der entgegengesetzten Tatsache rechnet, zugleich sie aufs neue zu erweisen²⁾.

Von unendlichem Werte ist daher die feste Terminologie des neuen Gesetzbuches, deren Stütze die erste Auflage noch entbehrte³⁾.

Aber auch nach dem BGB. ist die Bedeutung des Wortes „Erklärung“ durchaus ungewiss. Es ist eine eigentümliche Ironie des Schicksals, dass gerade dieses Wort einer besonderen Erläuterung bedarf. Es wird in der neueren juristischen Literatur unzweifelhaft in den verschiedensten Bedeutungen verwendet. Darüber sind alle einig, dass unser positives Recht bei Verträgen, letztwilligen Verfügungen, Erbschaftsantritten und -ablehnungen und anderen dergleichen Geschäften ein gewisses äusseres Verhalten verlangt, und dass man das deutsche Wort „Erklärung“ zu der Bezeichnung dieses Verhaltens anwenden will⁴⁾.

¹⁾ Dieser Entwicklungsprozess, in dem wir uns befinden, erklärt zum grossen Teile die vielen Streitigkeiten über blosse „Auffassungen“ eines Rechtsinstitutes ohne praktischen Hintergrund, über welche Wächter, Pand. I S. 72, ein erbarmungsloses Verdammungsurteil ausgesprochen hat. Vielleicht würden seine Auslassungen milder gewesen sein, wenn er bedacht hätte, dass derartige unerfreuliche Gärungsprozesse die unvermeidlichen Geburtswehen einer festen deutschen Rechtssprache sind und dass sie vorübergehen werden und müssen. Zum Teile beruht vielleicht der „naturphilosophische Mystizismus und die bilderreiche Romantik“, mit welcher nach Wächter einige neuere die „einfachen und natürlichen Gedanken unseres Rechts umnebeln“, zum Teile auf dem Einflusse der Schreibart Hegels, dessen sachliche Verdienste übrigens nicht verkleinert werden sollen. — Diese Bemerkungen der ersten Auflage haben späterhin in dem bekannten Streite gegen die Sprache des ersten Entwurfs des BGB. eine Bestätigung gefunden.

²⁾ Man vergesse nur nicht, dass die Festigkeit unserer Muttersprache in der Regel da aufhört, wo Abstraktionen, welche der Durchschnitt unserer Gebildeten nicht mehr kontrollieren kann, beginnen, und dass wir nicht, wie die Franzosen, eine Akademie haben, welche terminologische Streitigkeiten endgültig schlichtet. Dies ist für den Reichtum unseres Geisteslebens sehr förderlich, führt aber dahin, dass ohne eine gutwillige Verständigung über die Terminologien kein Fortschritt der Dogmatik möglich ist.

³⁾ Vgl. des Verf. Schrift: Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft, Breslau 1900 S. 52.

⁴⁾ Der Ausdruck *declarare voluntatem* ist übrigens keineswegs un-

Trotzdem erscheint der Ausdruck in der Sprache der einzelnen Gelehrten in verschiedenem Sinne. Gemeinsam ist nur der Gedanke, dass jede Erklärung etwas klar macht, was vorher dunkel war.

Ohne nun behaupten zu wollen, dass in dem schwankenden Sprachgebrauche überhaupt eine einzige Ausdrucksweise als die allein richtige auftreten dürfte, wollte der Verfasser in der ersten Auflage diejenige Terminologie, welche ihm die verbreitetste und zweckmässigste zu sein schien, annehmen, erläutern und durch ihre Vergleichung mit der Redeweise anderer die getroffene Wahl rechtfertigen. Inzwischen hat sich die Sachlage völlig geändert. Der Text des Gesetzbuchs verlangt jetzt eine bestimmte Deutung des von ihm angenommenen Wortes.

Zur Vereinfachung der Begriffsstimmung scheidet der Verfasser zunächst hier eine Hauptbedeutung des Wortes „Erklären“ aus, welche nicht hierher gehört, nämlich diejenige, welche identisch mit dem Worte „Auslegen“ oder „Anschaulichmachen“ ist. Diese bezieht sich nicht auf eine Produktion, sondern auf die Erläuterung eines schon vorhandenen Natur-, Geistes- oder Kunstprodukts. So ist z. B. die Auslegung eines Vertrages oder eines Gesetzes eine Erklärung (in dem Sinne von Auslegung), einer andern Erklärung (in dem Sinne von Äusserung).

Ferner müssen wir eine andere Anwendung desselben Wortes ausschliessen, welche einer Redewendung Hölders entstammte, die durch neuere Auslassungen dieses verdienten Gelehrten als erledigt betrachtet werden kann¹⁾. Es handelte sich um eine Verwechslung des fehlgeschlagenen Erklärungsversuches und der Erklärung selbst in der Behauptung²⁾, dass

römisch, wenn er auch selten vorkommt; vgl. I. 32 § 1 Dig. de leg. I 3 und I. 8 Dig. soluto matrimonio XXIV 3.

¹⁾ KrVJSchr. Bd. 14 S. 568. In seiner Schrift: Zur Theorie der Willenserklärungen (Drei Beitr. z. bürgerl. Recht, Leipzig 1905 S. 99) bemerkt Hölder richtig: „Jede Erklärung an einen andern erfolgt, damit sie zu einem Gegenstande seines Bewusstseins werde und ist ihm nicht wirklich zuteil geworden, ehe sie zu einem solchen geworden ist“.

²⁾ *declarare* heisst *clarius facere*, klarer machen, als es vorher war. Wenn nun aber ein Gedanke sich in meinem Innern befindet, so wird er da-

jeder immer gerade das erkläre, was er erklären wolle, auch wenn er falsche Worte wähle. Dies kann nur dann richtig sein, wenn der wahre Gedanke aus den falschen Worten herausleuchtet (vgl. § 18).

Wichtiger als die bisher zurückgewiesenen Bedeutungen des Wortes ist die Deutung des Wortes „Erklärung“ im Sinne einer Handlung, welche nicht notwendigerweise beabsichtigt, eine Wahrnehmung zu erzeugen, aber doch nach ihrer Beschaffenheit eine solche erzeugen könnte, falls nämlich jemand sie belauscht (die unbeabsichtigte, wenn auch vielleicht nicht unerwünschte Wahrnehmbarmachung)¹⁾.

In diesem Sinne fasst Bruns den Begriff der Erklärung, wenn er auch bei Okkupationen, Dereliktionen und dgl. von Erklärungen gesprochen haben will²⁾, also z. B. auch dann, wenn jemand einsam einen Hirsch im tiefen Walde schießt, oder allein am Strande in dunkler Nacht Muscheln okkupiert,

durch, dass ich eine ihm nicht entsprechende Erklärung abgebe, um nichts klarer als er vorher war. Es ist also nicht einzusehen, warum man dann sagen solle, es sei „erklärt“ worden; vgl. übrigens auch Bekker, KrVJSchr. Bd. III S. 194. Hölder verstand übrigens wohl auch schon früher unter „Wollen“ nur das rechtserhebliche, d. h. erkennbar gemachte Wollen; vgl. die vorige Anm. (S. 71).

¹⁾ Mit dieser Terminologie hängt die praktisch wichtige Frage zusammen, ob da, wo das Recht Erklärungen verlangt, z. B. bei Erbschaftsantretungen, auch unfreiwillige Erklärungen Geltung haben. Dagegen namentlich mit Recht Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 125: Sollte z. B. jemand die schlechte Angewohnheit haben, mit sich selbst laut zu sprechen, so wird der Inhalt eines solchen Monologs, wenn er eine Erbschaftsantretung enthält, sicherlich nicht von Erbschaftsgläubigern, welche ihn belauscht haben, geltend gemacht werden können. Solche Erklärungen kann das Recht nicht gemeint haben, wenn es Erklärungen wirken lässt, weil aus ihnen nach den Umständen, unter denen sie geschehen, auf eine volle Ernstlichkeit des Willens der Geschäftsfolgen nicht geschlossen werden darf. Ähnliches gilt bei Erklärungen an Personen, denen sie ganz gleichgültig sein müssen. „Vor seinem Kammerdiener kann man die Erbschaft nicht rechtswirksam antreten“ (Kohler a. a. O.). Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. II § 46 Nr. 682 a 3. Aufl. S. 527. Trotzdem sind auch solche unbeabsichtigte Manifestationen des Willens von praktischer Bedeutung, namentlich wenn sie neben einer absichtlichen Erklärung stehen und geeignet sind, deren Inhalt aufzuklären oder zu widerlegen; näheres § 9.

²⁾ Pandektenfragmente, Kleinere Schriften, Weimar 1882 Bd. II S. 454.

sie isst und die Schalen demnächst in das Meer wirft. Die Möglichkeit, dass solche Akte belauscht werden¹⁾, ist freilich nicht ausgeschlossen, darum kann man auch die stillschweigenden Monologe ohne Zuschauer (Handlungen, die vielleicht nicht Wahrnehmungen, aber doch etwas Wahrnehmbares hervorrufen) allenfalls Erklärungen nennen. Vielleicht erhebt mancher hiergegen vom Standpunkte sprachlicher Richtigkeit Widerspruch, und die Frage nach der Richtigkeit dieser Redeweise ist heutzutage nicht mehr ohne juristische Bedeutung, wie sie es zur Zeit der ersten Auflage war, weil es sich jetzt um Gesetzestexte handelt.

Wie gross die Sprachverwirrung auf dem Gebiete der Erklärungen ist, zeigt sich in dem bekannten Streite darüber, ob eine Erklärung, deren Empfänger erkennen muss, dass sie nicht ernstlich ist (z. B. ein zum Lehrzwecke ausgestellter Wechsel), den Namen einer Erklärung verdient, oder eine Nichterklärung ist²⁾.

Der Streit war von Hause aus ein Wortstreit. Jetzt gewinnt er bei der Auslegung des BGB. praktische Bedeutung (§§ 119, 133 BGB. u. a.).

Man wird gut tun, ohne vorgefasste Meinung an jeden einzelnen Text heranzugehen.

Wenn daher unbeabsichtigte Nebenäußerungen zu einer beabsichtigten Willenserklärung hinzutreten, so kommt es darauf an, ob auch sie der Auslegung (§ 133) und wegen der auf ihren Inhalt bezüglichen Irrtümer der Anfechtung (§ 119) unterliegen, und man wird beide Fragen zunächst getrennt untersuchen müssen.

Man denke an einen Geschäftsbrief, zu dem der Absender aus Versehen einen Brief, der an seine Frau über das nämliche Geschäft gerichtet war, in denselben Umschlag gesteckt hatte. Muss der Empfänger, der dies Nebenschriftstück gelesen hat,

¹⁾ Ist der Lauscher wirklich vorhanden, so wird das Wahrnehmbare zum Wahrgenommenen.

²⁾ Für das erstere namentlich Pernice in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 25 S. 87 ff. A. M. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 91 ff., 333 ff.; Bd. 18 S. 154 ff.; Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs Bd. II S. 36 ff. und daselbst weitere Literaturangaben.

seinen Inhalt beachten? Hier zeigt sich ein Unterschied des Mitteilungswillens vom Erfolgswillen. Der letztere ergibt sich aus dem beigelegten Briefe, der erstere nicht. Es wird nun darauf ankommen, ob der Sinn des Gesetztextes (§§ 133, 119) den Geschäftsinhalt in so weitem Sinne versteht¹⁾. Wir werden unten darauf zurückgreifen müssen.

In jedem Falle aber, möge man an die Erklärungen im weiteren oder diejenigen im engeren Sinne denken, d. h. an beabsichtigte und unbeabsichtigte Willensaufklärungen, an das bloss „Zeichenmachen“²⁾ oder auch an das sonstige Verhalten dessen, der sie macht, ist eine weitere Verschiedenheit des Worts Erklärung von grosser Bedeutung: Die Unterscheidung des Erklärungsakts vom Erklärungsinhalte.

Unsere deutschen Verbalsubstantive sind bald Surrogate des Infinitivs, bald des Participium Perfekti Passivi, und so bedeutet denn die Erklärung bald die Erklärungsabgabe, das Erklären (declarare), bald das Erklärte (declaratum).

Unter einer Erklärung im Sinne von declaratum versteht man aber in der Regel gewisse wahrnehmbare Erscheinungen der Aussenwelt (Schallwellen, Schriftstücke), welche hergestellt sind, um sogleich oder auch, wenn sie Schriftstücke sind, später durch räumliche Annäherung an eine oder mehrere Personen in diesen eine Wahrnehmung hervorzurufen. Solche Erklärungen (declarata) haben eine von ihrem Urheber unabhängige Existenz erlangt, sie existieren vor und nach ihrer Übermittlung an denjenigen, für welchen sie bestimmt sind, innerhalb der Aussenwelt.

Da nun bei schriftlichen Erklärungen das declaratum an-

¹⁾ In einem sehr weiten Sinne fasst v. Hollander, Zur Lehre vom error 1898, den Begriff der „Erklärung“. Ihm ist jedes Willenssymptom eine Erklärung. Dadurch kommt er zu einer unumschränkten Erklärungstheorie auch bei Testamenten. Dies ist aber jedenfalls nicht die Redeweise des Gesetzbuches, das zur Zeit der Veröffentlichung des Hollanderschen Werks freilich noch nicht galt. Auch vorher war ein soweit greifender Sprachgebrauch nicht üblich. Über Isays Auffassung der Erklärung (die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts nach dem BGB., Jena 1899) vgl. unten § 9.

²⁾ So Piniński a. a. O. S. 362.

gefertigt sein kann, ehe es abgesandt wird, so gewinnen wir für die schriftlichen Äusserungen noch eine besondere Bedeutung des Wortes „Erklären“ (declarare). In diesem bedeutet Erklärung: „Anfertigung eines declaratum“¹⁾. Wenn ich also z. B. um neun Uhr eine Akzeptationserklärung niederschreibe und sie um zehn Uhr absende, so habe ich zwei Handlungen vorgenommen, welche der gemeine Sprachgebrauch nicht unterscheidet, sondern beide als „Erklärungen“ bezeichnet, der Jurist aber um ihrer verschiedenen praktischen Bedeutung willen unterscheiden muss²⁾. Freilich vermischt sich beides bei mündlichen Erklärungen. Während ich mündlich erkläre, dass ich kaufen will, erscheinen die Erklärungshandlung und das Erklärte, welches auf den Schallwellen ein kurzes Dasein fristet, dem Angeredeten wie ein einziger Wahrnehmungsgegenstand. Ein und dasselbe physische Ereignis erzeugt mehrere Gedanken zu gleicher Zeit, den Inhalt einer Vertragsnorm, so z. B. das Angebot, dass das Haus des Redenden von dem Angeredeten gegen eine Zahlung von zehntausend Mark erworben werden solle, den Gedanken, dass der Redende hiermit seinerseits für den Fall einer Beistimmung von der anderen Seite dieser Norm beistimme und endlich eine Aufforderung zur Beistimmung von der anderen Seite³⁾. Durch die Beobachtung dieser drei Eigenschaften desjenigen Aktes, welchen man gewöhnlich Offerte oder Antrag nennt⁴⁾, soll natürlich die Einheit des Aktes nicht, wie man neuerdings zu sagen pflegt, in „unnatürlicher Weise

¹⁾ Bei den Inhaberpapieren „Creation“ genannt.

²⁾ Vgl. Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen S. 6. Man könnte übrigens ein solches noch nicht fortgeschicktes Schriftstück im Hinblick auf die zukünftige Absendung ein declarandum nennen, allein der Grund, warum wir einen solchen Brief für sich allein eine Erklärung nennen, liegt nicht in seiner Bestimmung abgesandt zu werden, sondern in seiner Eigenschaft, einen Gedanken, einen bleibenden festen Ausdruck in der Aussenwelt zu geben; vgl. Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsrechts Bd. II S. 424.

³⁾ Ob die Unterscheidung der Offerte in oblatio und approbatio in Kants Rechtslehre § 19 (vgl. Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, Wien 1874 S. 8 Anm. 2) eine ähnliche Auffassung ausdrücken soll, vermag der Verfasser nicht bestimmt zu beantworten.

⁴⁾ Vgl. über diesen Ausdruck oben S. 33 Anm. 2.

zerrissen“, sondern es sollen nur die Merkmale festgestellt werden, welche er in seiner Einheit an sich trägt.

Die Herstellung des Declaratum und die Unterwerfung unter seinen Inhalt, d. h. die Erklärung, dass es gelten solle, vermischen sich also bei mündlichen Erklärungen in einem einzigen Akt und lassen sich fast niemals voneinander trennen¹⁾.

So wichtig nun diese Feststellung des Begriffes der blossen Abfassung eines Erklärungsinhalts für die Vertragslehre ist, so hat das Wort „Erklären“ in diesem Sinne doch mit der Perfektion der Verträge nichts zu tun. Es soll damit durchaus nicht etwa gesagt sein, dass diese blosser Abfassung eines Schriftstückes nicht auch unter Umständen für sich allein rechtswirksam sein kann. Man denke nur an das holographische Testament²⁾. Wer eine derartige Urkunde in voller Einsamkeit abfasst, nimmt unzweifelhaft eine gültige Erklärungsabgabe vor. Wenn der Tod ihn gleich darauf ereilte, so würde das Schriftstück gültig sein, während das gleiche etwa bei einer im voraus ausgestellten Zessionsurkunde nicht der Fall ist. Nach der Kreationstheorie kommt auch bei dem Inhaberpapiere etwas Ähnliches vor.

Dass jedoch ein Gleiches bei den gewöhnlichen Verträgen nicht gilt und also auch dieser Begriff der Erklärung (das in

¹⁾ Der Verfasser will einen allerdings sonderbaren, jedoch wahren Fall, in welchen ausnahmsweise sich auch bei mündlichen Erklärungen die Herstellung des Declaratum und dessen Abgabe trennten, nicht unerwähnt lassen. Eine Französin machte eine Reise durch Deutschland, ohne die Sprache und den Inhalt der Rechtsgeschäfte, deren Abschluss sie zu ihrem Zwecke nötig hatte, zu kennen. Sie wusste nicht, wo sie Eisenbahnbilletts zu nehmen hatte und wohin, auch nicht, in welche Gasthöfe sie sich begeben sollte. Ein Deutscher notierte ihr nun in französischer Sprache alle die Gelegenheiten, bei denen sie gewisse Äusserungen zu tun hatte, und diese ihr völlig unverständlichen Äusserungen selbst zwar in deutscher Sprache, aber in einer dem Französischen entsprechenden Form. Die Erklärungen, deren sie bedurfte, lernte sie auswendig und deklamierte sie, immer mit dem günstigen Erfolge, dass dasjenige geschah, was nach der Absicht des Verfassers geschehen sollte. Hier war dieser der Autor des Declaratum, sie die Urheberin der verbindlichen Erklärungsakte. Ihr Verhalten war genau dasselbe, wie dasjenige eines Kaufmanns, welcher den von seinem Korrespondenten entworfenen Brief ungelesen unterschreibt und absendet.

²⁾ BGB. § 2231, 2.

der Aussenwelt fixierte declaratum) ohne wahren Erklärungsakt keine rechtliche Kraft hat, dürfte zweifellos sein. Nur die Ansicht Bährs¹⁾ könnte es fraglich machen, ob er nicht vielleicht die Erklärung im Sinne einer Herstellung des Erklärungsinhalts für genügend hält; denn er lässt den Aussteller einer entwendeten und missbrauchten Vollmacht haften. Man könnte also meinen, dass Bähr der Ausstellung jeder Urkunde als solcher die eigentliche Verpflichtungskraft beilegen wolle. Dem ist aber nicht so; denn er nimmt eine gleiche Haftung in gewissen Fällen auch bei gefälschten Urkunden an²⁾, lässt also hiernach ausnahmsweise sogar aus Vertragsbestimmungen haften, welche gar nicht von dem Haftenden ausgegangen sind.

Das BGB. hat die Gedanken Bährs nur bis zu einem gewissen Grade anerkannt; denn es hat nur unter besonderen Umständen (§§ 171, 172 BGB.) den blossen Schein eines Erklärungsaktes (einer Bevollmächtigung) diesem selbst gleichgestellt. Es sind dies Ausnahmestellen zugunsten redlicher Dritter³⁾, die nicht auf andere Fälle ausdehnbar sind.

Vor einer andern Verwechslung, die jetzt kaum noch vorkommen kann, warnte die erste Auflage, nämlich vor der Vermengung des psychischen Erklärungserfolges mit dem Erklärungsakte und dessen Inhalt. Bekker⁴⁾ hatte die Ansicht geäußert, dass das blosser Reden oder Zeigen einer Schrift nur

¹⁾ Dogm. Jahrb. Bd. 14 S. 412ff., vgl. hierzu namentlich Graf Piniński, Tatbest. des Sachbesitzererbes II S. 356, 357.

²⁾ Diese Meinung Bährs (a. a. O. S. 415) hat den Gegnern der richtigen Ansicht leider eine wichtige Handhabe gegen seine Ausführungen gegeben. Bähr vertritt diese Ansicht übrigens nur für solche Urkunden, welche ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, Dritten gegenüber zu wirken, a. a. O. S. 413. Dem BGB. ist dies fremd.

³⁾ Wegen der Gefahr, solche Ausnahmen als Regel zu betrachten, ist der Name „Erklärungstheorie“ für die richtige Ansicht sehr gefährlich und besser zu vermeiden. Als grotesker Vertreter einer ungeheuerlichen „Erklärungstheorie“ erscheint der Kaiser Caligula (Suetonius Cal. c. 38): Nota res est, Aponio Saturnino inter subsellia dormitante monitum a Gajo praetorem ne praetorium virum crebro capitis motu nutantem sibi praeteriret, nec licendi finem factum, quoad tredecim gladiatores sestertio nonagies ignorantia addicerentur (eine Stelle, auf die mich Herr Kollege Skutsch aufmerksam gemacht hat).

⁴⁾ KrVJSchr. Bd. 22 S. 43.

ein Stück der Erklärung sei¹⁾. Erst wenn die Schall- oder Lichtbewegungen zu dem Ohr oder Auge des Angeredeten gelangt seien, sei die Erklärung fertig geworden.

In einem ähnlichen Sinne hatte sich auch Kohler²⁾ geäußert, indem er meinte, das Wesen des Vertrages bestehe darin, dass eine Erklärung und damit ein Geisteseffekt in der Seele der Mitkontrahenten gewollt und erzeugt sei³⁾.

Endlich sprach Zitelmann zwar auch von erfolglosen Erklärungen, er bemerkt jedoch daneben⁴⁾, dass „eigentlich zur tatsächlichen Vollendung der Erklärung nicht bloss das Erklären auf der einen, sondern auch das Klarwerden auf der anderen Seite gehöre“.

Bei der Kritik dieser Redeweise dürfen wir nicht übersehen, dass der Begriff der rechtlich wirksamen Erklärung ein engerer ist als derjenige der Erklärung schlechweg. Erstere wird, wenigstens wenn es ein Vertragsantrag ist, allerdings, wie Bekker⁵⁾ meint, wirkungslos bleiben, falls sie nicht angenommen ist; ist sie aber eine Akzeptation, so ist das Gleiche bekanntlich keineswegs ausser Streit. Für die Vertragsannahme ist dies Erfordernis im BGB. vielmehr nach § 151 für gewisse Fälle sogar ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Im übrigen schafft das BGB. in der hier berührten Frage volle Klarheit. § 130 BGB. lässt die Erklärungen durch das „Zugehen“ nicht entstehen, sondern nur wirksam werden, nimmt also an, dass sie schon vorher entstanden sind (vgl. auch § 129). Freilich ist nur von richtungsbedürftigen Erklärungen die Rede; bei andern aber muss erst recht gelten, dass ihr Dasein von der später gefundenen Beachtung unabhängig ist. Ohne Zweifel ist daher die Wahrnehmung der Erklärung kein Begriffsmerkmal der Erklärung, weder des Erklärungsaktes, noch des Erklärungsinhaltes.

¹⁾ Anders jetzt System des Pandektenrechts II S. 95 (wider die Identifizierung von Willenserklärung und Rechtsgeschäft). Richtig auch Isay a. a. O. S. 48 ff.

²⁾ Dogm. Jahrb. Bd. 18 S. 155.

³⁾ Kohler war es hier freilich offenbar zunächst nur darum zu tun, die wirksame Erklärung zu definieren, nicht die Erklärung schlechweg.

⁴⁾ Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 376.

⁵⁾ KrVJSchr. Bd. 22 S. 43.

Die vorläufige oder endgültige Erfolglosigkeit der Erklärung liegt der Regel nach an einem Vorfalle oder Umstande, welcher verhindert, dass die durch den Erklärungsakt erzeugte Veränderung der Aussenwelt mit den Sinneswerkzeugen des Adressaten der Erklärung in Berührung kommt, z. B. Untergang des Briefes auf dem Wege, Taubheit des Adressaten u. dgl. Sie kann freilich auch hier in einer Untauglichkeit des Schriftstückes oder des gesprochenen Wortes liegen, das in der Erklärungshandlung erzeugt oder abgesendet worden ist; so bei widerspruchsvollen und unverständlichen Erklärungen.

In diesem Sinne wird vielfach geradezu die Anwendbarkeit des Ausdrucks Erklärung auf dunkle Mitteilungen verneint; denn man sagt oft, eine gänzlich unverständliche Erklärung sei überhaupt keine Erklärung¹⁾. Der Verfasser meint zwar, dass auch solche unverständliche Erklärungen immerhin Erklärungen sind; da es aber zweifellos ist, dass das Recht ihnen bei Rechtsgeschäften die Wirksamkeit versagen muss, so ist ein Streit über ihren Namen zwecklos.

Erklärungen wahrnehmbarer Mitteilungen nennen wir „abgeben“²⁾, wenn der Erklärende die letzte derjenigen Handlungen vorgenommen hat, welche ihm nötig schienen, um ihre unmittelbare oder mittelbare Wahrnehmung durch die in das Auge gefasste Person herbeizuführen³⁾. Man könnte daher die Abgabe einer Erklärung definieren als eine Handlung mit der Absicht, einen Gedanken wahrnehmbar zu machen⁴⁾.

Es bleiben uns hiernach drei Begriffe übrig, von denen es

¹⁾ Nicht zu verwechseln mit den mehrdeutigen Äusserungen vgl. unten § 9.

²⁾ Vgl. die Wendung *consensum dedisse* in den oben S. 25 Anm. 1 zitierten *leges*.

³⁾ Eine Erklärung ist und bleibt abgegeben, auch wenn sie widerrufen ist. Der rechtzeitige Widerruf zerstört nicht die Tatsache des Erklärungsaktes, sondern er beugt nur den Wirkungen vor, welche er ohne den Widerruf unter gewissen Voraussetzungen erzeugen würde.

⁴⁾ Die Bezeichnung auch der nicht gelungenen Erklärung als einer Erklärung entspricht durchaus der deutschen Redeweise. Wenn wir z. B. von misslungenen Lösungen einer Aufgabe reden, so bezeichnen wir mit Lösung eine Handlung, welche eine Aufgabe lösen soll. Etwas abweichend Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 287.

fraglich ist, ob sie nach dem Inhalte der römischen Quellen die Vertragserklärung (consensus) bilden: die zu dem Zwecke einer Mitteilung geschehene und geeignete Handlung¹⁾, die vollendete Mitteilung und endlich die blosse Entstehung des Eindrucks eines solchen Mitteilungsaktes.

Wenn die früher herrschende Meinung auf die soeben gestellte Frage aus den römischen Quellen eine Antwort geben wollte, so musste sie sich in einer üblen Lage befinden. Das Wort conventio besagt nicht viel über das, was bei dem Vertragsschlusse zusammenkommt, das Wort consensus sollte angeblich nur einen inneren Zustand bezeichnen, es fehlte ihr also jeder Quellenboden. Sie musste dann schliesslich aus der „Natur der Sache“ Behauptungen aufstellen, welche der Beweiskraft entbehrten, da niemand, welcher nicht wollte, sie zu glauben genötigt war. Namentlich wird man aus einer Betrachtung derjenigen Tatsachen, welche wir Vertragsverhandlungen nennen, niemals entnehmen können, ob und wann das objektive Recht eine rechtliche Wirksamkeit an sie anheftet²⁾.

Anders der Verfasser von seinem Standpunkte³⁾. Das Wort consensus gibt ihm eine genügende Auskunft. Zu einem consensus duorum gehören zunächst zwei Beistimmungen, also ein doppeltes bewusstes Verhalten zweier Personen, das einen Beitritt seitens des einen zu dem von dem andern Festgesetzten wahrnehmbar macht. Die offenbar unabsichtliche Erzeugung einer Wahrnehmung kann hiernach keinen Konsens in sich schliessen. Aber auch der Erfolg einer wirklichen Wahrnehmung braucht dem Konsens nicht innezuwohnen; denn auch die blosse Wahrnehmbarmachung eines Gedankens heisst sententia. Nun folgt freilich aus der ersten Silbe des Wortes consensus, dass die sententiae in einer gewissen Beziehung zueinander stehen müssen, um einen dop-

¹⁾ Das ist die Willenserklärung im Sinne des BGB., insoweit sie den Erklärungsakt bezeichnet, der aber mit dem Erklärungsinhalt nicht zu verwechseln ist.

²⁾ Es ist das so, als ob man die Vorschriften über cautio damni infecti aus der Beobachtung eines baufälligen Hauses entnehmen wollte.

³⁾ Im nachfolgenden sind die Ausführungen der ersten Auflage mehrfach berichtigt.

pelten Konsens zu bilden. Es muss z. B. bei zwei Kontrahenten mindestens die eine der beiden in Kenntnis der andern geschehen sein¹⁾, die vorhergehende aber in Erwartung der kommenden. Sonst würde die Schilderung des convenire, welche Ulpianus in der lex 1 der pactis 2, 14 gibt, nicht passen²⁾.

Mehr sagt uns das Wort consensus nicht; mehr brauchen wir aber auch nicht zu wissen. Den consensus duorum pluriumve erzeugen hiernach: Handlungen von Personen, geschehen und geeignet zu dem Zwecke des gegenseitigen Einverständnisses mit dem, was der andere gesagt hat oder sagen wird, und welche entweder gleichzeitig von allen in gegenseitiger Kenntnis der Handlungen der übrigen oder auch einzeln in Kenntnis der früheren Handlungen der anderen Partei vorgenommen sein müssen¹⁾.

Dieser Gedanke ist es, welchen der Verfasser in die Formel zusammenziehen möchte:

der consensus duorum pluriumve in idem ist eine Mehrheit von Beistimmungen zu den Festsetzungen des andern Teils.

Des Gegensatzes wegen mag auch derjenige consensus definiert werden, welcher nicht ein gegenseitiges Beistimmen, also einen Vertrag, sondern eine einseitige Beistimmung zu oder neben der Handlung eines andern darstellt. Diese ist also

die Abgabe einer Äusserung mit dem Sinne, dass der Er-

¹⁾ Wenn z. B. zwei Personen gleichzeitig eine Urkunde unterschreiben, so geschieht die Unterwerfung unter dieselbe in beiderseitiger Kenntnis von der Erklärung des andern.

²⁾ Hiernach beantwortet sich die Frage nach der Gültigkeit einer Doppelofferte in negativem Sinne. Anders z. B. Regelsberger, Handbuch Bd. 2 S. 445, vgl. ebenda S. 424 Anm. 5, doch ohne Quellenbeweis. Es liegen hier zwei sententiae gleichen Inhalts vor, aber kein consensus. Keiner stimmt dem andern bei. Überhaupt will manche Person ein Geschäft zwar dann gelten lassen, wenn sie es selbst offeriert hat, nicht aber, wenn es ihr von anderer Seite angeboten ist. Man denke an einen Verlöbnisvertrag vom Standpunkte eines Bräutigams, dem die Braut in einer ihn abstossenden Weise zuvorkommt.

klärende etwas billige oder erlaube¹⁾, also ebenfalls eine Beistimmung zu der Äusserung eines andern.

Eine weitere Frage ist, was überhaupt der Gegenstand von Erklärungen sein, also wahrnehmbar gemacht werden könne. Wir finden in dieser sehr vernachlässigten Materie hauptsächlich bei Zitelmann wertvolle Anregungen²⁾. In seiner Sprache ist eine Willenserklärung „das Heraustreten eines Willens an die Klarheit des Tageslichts“. So spricht er auch von Absichtserklärungen³⁾. Darin liegt ja ohne Zweifel etwas Richtiges, sobald man sich dabei vor falschen Auffassungen hütet. Man darf sich das Heraustreten des Gedankens nicht so vorstellen, als ob der Gedanke, welcher vorher im Innern war, nachher in der Aussenwelt existierte, etwa wie ein Splitter, der aus der Wunde gezogen, oder wie ein Tierjunges, welches von seiner Mutter geworfen wird. Schon Zitelmann⁴⁾ fragt, ob eine juristische Willenserklärung ohne Absicht wirksam sein könne, hält es also mit Recht für möglich, dass eine Willenserklärung abgegeben ist, während dabei nicht die innere Absicht, sondern etwas anderes an das Tageslicht getreten ist. Was dieses andere ist, werden wir uns sogleich klar machen, sobald wir erwägen, was denn überhaupt in dieser Weise an das Tageslicht treten kann.

Die inneren Vorgänge des Seelenlebens, welche wir in uns beobachten und Gedanken, Empfindungen und Willen nennen, treten nun und nimmer an das Tageslicht⁴⁾. „Gott nur sieht das Herz“. Wenn wir ungenauer oder richtiger bildlicherweise sagen, dass wir sie äussern, so ist dieses eine Ausdrucks-

¹⁾ Vgl. über die Theorie der Konsense in dem Sinne dieser einseitigen Zustimmungserklärungen Ihering, Dogm. Jahrb. Bd. 1 S. 303 ff., Bd. 2 S. 121 ff. Das BGB. hat inzwischen hierfür eine Grundlage geschaffen (§§ 82 ff.), vgl. d. Verf. allg. Teil des BGB. S. 334 ff.

²⁾ Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 366; vgl. ebenda S. 381. Freilich scheint dem Verfasser dort das Ziel nicht erreicht worden zu sein.

³⁾ A. a. O. S. 371.

⁴⁾ Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 398, vgl. zu dem folgenden: Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, 1877 S. 13 ff.; Pernice, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 25 S. 84.

⁵⁾ Ein gleiches gilt von der Bezeichnung der Erklärung als einer „Verkörperung“ des Gedankens (vgl. Regelsberger, Handb. Bd. 2 S. 386),

weise, welche wie jeder Vergleich hinkt; denn der geäusserte Gedanke verschwindet nicht aus dem Innern, wie ein aus der Wunde gezogener Splitter, sondern er bleibt ebenso nachher wie vor da, wo er war. Was heraustritt, ist also ein zweites von ihm Verschiedenes, eine Summe von Worten oder Zeichen, welche, sobald sie dem Gedanken oder der Empfindung angemessen sind, ihn wahrnehmbar machen, indem sie die Möglichkeit gewähren, nach gewissen Regeln und Gewohnheiten des Äussernden oder der Allgemeinheit, z. B. den Sprachgesetzen, einen Schluss auf das Vorhandensein des Gedankens zu ziehen. Eben weil der Inhalt dieser Worte oder Zeichen ein Inneres widerspiegelt, sagen wir auch von ihnen, den Äusserungen, dass sie einen Gedanken, ein Empfinden, ein Wollen in sich enthalten. Dieser Gedanke, dieses Empfinden, dieses Wollen ist aber, selbst wenn es dem Inneren dessen, welcher die Äusserung tut, entspricht, doch niemals identisch mit dem Gedanken, dem Empfinden, dem Wollen, dessen blosses Spiegelbild es ist¹⁾. Es ist ein Willensabbild, kein Wille. Wie ein Arzt in dem Magenspiegel nur das Bild eines Magens sieht, nicht diesen selbst, so sieht der Beobachter einer Erklärung in ihr nur Abbilder innerer Vorgänge, welche selbst ihm ewig verschlossen bleiben und hier wie dort kann das Bild wegen Mangelhaftigkeit des Spiegels ein falsches sein.

Nun hat sich der Sprachgebrauch dahin entwickelt, dass man diese Spiegelbilder mit demselben Namen bezeichnete, welche ihr Gegenstand an sich trug, also von Gedanken, die in Worten oder Bildern ausgeprägt sind, oder Empfindungen, welche in Tönen stecken, u. dgl. redet.

Es herrscht somit für alle psychologischen technischen Bezeichnungen ein Dualismus: Mit demselben Worte, mit welchem man Seelenvorgänge benennt, bezeichnet man Eigenschaften,

welcher annimmt, dass der Gedankenstoff in spezifizierter Form aus dem Innern herausgetreten sei (vgl. auch Ihering, Geist des röm. Rechts § 44 S. 445 3. Aufl.). „Der ausgesprochene Gedanke ist sozusagen gefrorenes Denken“. Als Bild ist dies natürlich unanfechtbar, als exakte Wahrheit unhaltbar.

¹⁾ Vgl. hierüber namentlich Ihering, Geist des röm. Rechts Bd. II 3. Aufl. § 44 S. 445, besonders Anm. 610 b.

welche Erscheinungen der Aussenwelt anhaften und darin bestehen, dass sie die Vorstellung erwecken, ihr Erzeuger habe jenen Seelenvorgang in sich erlebt.

Der Gedanke eines Kunstwerks ist also etwas Objektives, welches das denkende Gehirn überlebt, die Grundstimmung einer Dichtung überdauert das Gemüt dessen, aus dem sie hervorgegangen ist, und so, in diesem Sinne, gibt es auch eine *voluntas ultra mortem*¹⁾, es ist dies kein Wille im psychologischen Sinne, wohl aber ein fixiertes Spiegelbild, gleichsam die Photographie einer Willensregung, bei Lebzeiten des Wollenden aufgenommen. Dieser Wille ist eben nichts anderes, als der Sinn einer abgegebenen Erklärung, festgestellt unter Benützung aller vorhandenen Hilfsmittel; der Sinn aber nichts anderes, als derjenige Gedanke, von welchem man annehmen muss, dass er von dem inneren Willen ein getreues Spiegelbild darlegt; dieser innere Wille selbst ist als solcher für das Recht gar nicht vorhanden und auch nun und nimmermehr an die Aussenwelt getreten²⁾.

Wenn die Erklärung mit dem innern Willen gleichen Inhalts ist, so wird man dadurch verleitet, zu übersehen, dass ihr Sinn und der letztere trotzdem zwei verschiedene Tatsachen sind. Wo aber der innere Wille und der Sinn voneinander abweichen, da merkt man es sogleich, dass der erstere etwas anderes als der erklärte Wille ist³⁾.

¹⁾ Quintilian declam 308. Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem. Im psychologischen Sinne ist der Ausdruck *voluntas ultra mortem* unrichtig, im juristischen völlig korrekt, denn die Eigenschaft der Testamentserklärung, den Gedanken des Testators widerzuspiegeln, überdauert dessen Leben.

²⁾ Vgl. auch Baron, Pandekten 4. Aufl. S. 108 § 62.

³⁾ Man behaupte etwa, dass diese Verwendung der Worte: „Sinn, Gedanke, Wille, Zweck“ auf Eigenschaften äusserer Tatbestände eine bloss bildliche sei; denn jede ursprünglich bildliche Ausdrucksweise ist dann eine technische, wenn es keine anderen Worte gibt, mit denen man diese Dinge, welche doch nun einmal genannt werden müssen, bezeichnen kann (vgl. Ihering, Geist Bd. II 3. Aufl. Vorrede S. 13). Wie sollte man auch in der Tat jene Eigenschaften technisch benennen? — Der hierauf bezüglichen Polemik des Grafen Piniński S. 339 Anm. 2 gegen Lotmar, KrVJSchr. Bd. 25 S. 385 ff. vermag ich nicht beizutreten (Tatbestand des Sachbesitzererwerbs) II S. 75 (2).

„Ein innerer Wille ist erklärt“, das ist die schroffste *contradictio in adjecto*. Ebensowenig wie, um mit den Quellen zu reden, ich da stehen kann, wo du stehst, ebensowenig kann dasselbe drinnen und zugleich draussen sein; denn dass mein innerer Wille aus meinem Geiste verschwunden ist, nachdem die Erklärung abgegeben worden ist, wird man doch nicht behaupten wollen. Was erklärt ist, ist draussen; ist also ein Wille erklärt, so kann damit nicht der innere Wille, sondern es muss etwas anderes erklärt sein, was vielleicht mit dem inneren Willen seinem Inhalte nach übereinstimmt, immer aber ein Zweites, von ihm Verschiedenes ist.

Unter einem „erklärten Willen“ verstehen wir daher also den Sinn einer Mitteilung.

Das Wort „Sinn“ bedarf noch einer näheren Erläuterung und einer Abgrenzung gegen den Begriff „Wortlaut der Erklärung“.

Der Sinn einer Mitteilung ist derjenige Gedanke, welchen die Person, zu deren Kenntnisnahme die Äusserung bestimmt ist, unter Benützung aller ihr zugänglichen Auslegungsmittel als Ziel der Erklärung entnehmen kann¹⁾, während der Inhalt des Wortlauts (oder Wortsinns) einer Mitteilung derjenige Gedanke ist, welchen man aus einer blossen Berücksichtigung der gebrauchten Worte entnehmen muss.

Man stellt Wortlaut und Sinn oft in der Weise gegenüber, als ob bloss der letztere einen „Gedanken“ (genauer: die Eigenschaft, die Vorstellung eines Gedankens zu erwecken) in sich enthielte, ersterer aber etwas rein Physisches sei²⁾. Dabei übersieht man, dass auch dasjenige, was wir Wortlaut nennen, einen Gedanken darstellt, nämlich denjenigen, welchen jeder, der die Worte wahrnimmt, aus ihnen zunächst unter Anwendung der Sprachregeln schliessen muss. Auch der Wort-

¹⁾ Zustimmend Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs Bd. II S. 337.

²⁾ Hierzu dürfte die bekannte Stelle Cicero pro Murena cap. 12: In omni denique jure civili verba ipsa tenuerunt beigetragen haben. Auch das sächsische Zivilgesetzbuch § 809 unterscheidet die deutlichen Worte eines Vertrages von dessen Sinn. Korrekter der code civil art. 1156, welcher der *commune intention* den *sens littéral* entgegensetzt.

laut oder der „Buchstabe“ der Schrift ist keine rein physische Eigenschaft der Erklärung; denn wer die Sprache des Erklärenden nicht kennt, kann ihn nicht ermitteln. Man gewinnt ihn also nur durch eine Denkoporation, einen Schluss aus dem Obersatze der Sprachgesetze, freilich einer Operation, deren sich der Denkende der Regel nach um ihrer Schnelligkeit willen nicht bewusst wird. Wortlaut und Sinn sind also beide nur durch eine Deduktion zu ermitteln, und der Unterschied zwischen beiden besteht lediglich darin, dass bei ersterem die Zahl der angewandten Hilfsmittel eine kleinere ist, bei diesem eine grössere, denn dort werden nur die Sprachgesetze, hier auch alle anderen dem Erklärungsempfänger zugänglichen Mittel zur Feststellung des durch die Erklärung auszudrückenden Gedankens angewendet¹⁾. Der in dieser Weise zu ermittelnde Sinn der Erklärung ist von einigen Gegnern der richtigen Ansicht oftmals in so unerbittlicher Weise mit dem blossen Wortlaute so verwechselt worden²⁾, dass der Verfasser auf die Gefahr hin, den Leser zu ermüden, nochmals durch ein Beispiel hervorheben möchte, wodurch sich der Sinn einer Erklärung von dem sog. inneren Willen, d. i. dem Gedanken, welcher ausgedrückt werden sollte, unterscheidet. Ein französischer Kaufmann, welcher sich Öl bestellen will, richtet nach Basel an einen Geschäftsfreund, bei welchem er zu den Baseler Marktpreisen zu kaufen pflegt, in deutscher Sprache folgenden Bestellbrief:

„Schicken Sie mir 10 Fass Essig“,

¹⁾ Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. II 3. Aufl. § 44 S. 447, fasst die Aufgabe auf Ermittlung des Sinnes in das eine Wort zusammen: „Vergegenwärtigung der Situation, in der das Wort gesprochen, das Zeichen gegeben ist“.

²⁾ So fragt Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 419: „Also nicht der lebendige Geist soll gelten, sondern das tote Wort?“ Das hat aber niemand behauptet, vielmehr soll es auf den Sinn der Worte ankommen (vgl. ferner Zitelmann S. 420). Röver freilich, S. 43, verwechselt Wortlaut und Sinn der Erklärungen, wenn er meint, dass im Falle der c. 5 Cod. plus valere quod ag. 4, 22 die Erklärungen eines Kaufes vorliegen, obwohl er doch S. 44 voraussetzt, dass die Erklärung der einen Partei in erkennbarer Weise ihrem Willen widersprach. Nur die Erklärungsakte waren hier vorhanden, nicht aber der erforderliche Erklärungsinhalt.

weil ihm ein Freund auf Grund einer erklärlichen Verwechslung mitgeteilt hat, das deutsche Wort Essig bedeute huile. Hier ist der Wortlaut oder der buchstäbliche Sinn der Erklärung der Auftrag einer Sendung von Essig, der „Sinn“ ebenfalls der Kauf einer Menge von Essig, nicht von Öl, zu dem Baseler Marktpreise, der sog. innere Wille aber die Bestellung von Öl¹⁾.

Wir müssen also folgende verschiedene Arten von Gedanken unterscheiden, welche bei einer Erklärung in Betracht kommen können:

1. Der sog. Wortlaut oder „Buchstabe“²⁾ oder noch richtiger der buchstäbliche Sinn, d. i. derjenige Gedanke, welchen man aus ihr nach den Gesetzen der Sprache schliessen muss³⁾.
2. Der Gedanke, welcher ausgedrückt werden sollte, aber nicht ausgedrückt worden und auch sonst bei keiner andern Gelegenheit erkennbar geworden ist, d. i. der dem Erklärenden erwünschte, aber nicht wirkliche Sinn. Dieser Sinn wird aus sehr nahe liegenden Gründen nicht beachtet. De occultis non judicat ecclesia.
3. Der innere Gedanke, welcher sich zwar nicht in dem Wortlaute abspiegelt, aber doch dem Empfänger der Er-

¹⁾ Die hier gertigte Verwechslung zwischen demjenigen Sinne, welchen eine Erklärung hat, und demjenigen, welchen sie nach dem Wunsche des Urhebers haben sollte, spielt auch bei der Auslegung der Gesetze eine verhängnisvolle Rolle. Wenn man, um der sog. „Absicht des Gesetzgebers“ zu dienen, bei der Auslegung der Gesetztexte Interpretationsmomente benutzt, welche dem Publikum nicht zugänglich sind, so raubt man dem Volke die Möglichkeit, sich auf den Inhalt der Gesetze verlassen zu können, handelt also dem Hauptzwecke des Gesetzes zuwider. Um das entgegengesetzte Verfahren zu rechtfertigen, braucht es wahrlich keiner Fiktion.

²⁾ So Mühlenbruch, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 4 S. 411.

³⁾ Wie sehr im altrömischen Rechte dieser Wortlaut herrschte, ist aus Iherings Ausführungen (Geist des römischen Rechts Bd. II §§ 44 ff. S. 441 ff.) zur Genüge bekannt. Nähere Ausführungen darüber, dass der Gang der römischen Rechtsentwicklung nicht zu der herrschenden, sondern zu der hier verfochtenen Meinung führt, sind durch die Ausführungen Hartmanns in den dogm. Jahrb. Bd. XX S. 27 ff. überfüssig geworden. Vgl. jetzt auch in gleichem Sinne v. Hollander, Zur Lehre vom error, Halle 1889 S. 15 ff. Eine ähnliche Entwicklung finden wir im deutschen Rechte.

klärung erkennbar werden musste¹⁾. Wir müssen hier (in Vervollständigung der ersten Auflage) noch weiter unterscheiden:

- a) Der Gedanke, welcher mitgeteilt werden sollte, ist der Sinn in der eigentlichen Bedeutung des Wortes. So z. B. wenn eine Stadtgemeinde den Nachtwächterposten ausbietet und ein Schreiben eingeht, in welchem gesagt ist, der Unterzeichnete erkläre sich bereit, gegen eine bestimmte Summe in den Strassen der Stadt von 10 Uhr morgens bis 6 Uhr abends Wachtdienste zu tun. Hier musste sich der Empfänger sagen, dass die Worte morgens und abends miteinander verwechselt seien, also einen von dem Wortlaute der Erklärung verschiedenen Sinn aus dem geschehenen Anerbieten herauslesen²⁾.
 - b) Ein Gedanke, welcher zwar nicht mitgeteilt werden sollte, aber trotzdem bei der Erklärung nebenher dem Empfänger erkennbar wurde. So wenn der Antragsteller seinem Antrage einen für seine Frau bestimmten Brief aus Versehen beilegt, aus dem manches ersichtlich ist, was der Antrag nicht enthält. Auch dies ist ein erkennbar gemachter Parteiwille im Sinne des § 133 BGB. Als Sinn der massgebenden Erklärung wird man es wohl aber in genauerer Redeweise nicht bezeichnen können³⁾.
4. Ein Gedanke, welcher ausgedrückt werden sollte, welcher aber nicht in einer für den Adressaten der Erklärung erkennbaren Weise ausgedrückt, jedoch anderweitig indirekt nachweisbar ist⁴⁾.

¹⁾ Er ist es, welcher als *sententia* oder *voluntas*, den *verba*, der *vox* und dem *sermo* entgegengestellt wird. Vgl. I. 19 dig. de legibus 1, 3 L. 6 § 1 dig. de verb. sign. 50, 16; I. 67 dig. de reg. iuris 50, 17.

²⁾ In der Definition von Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts, Stuttgart 1857 S. 2: „Die Beziehung der Wörter zueinander ist der Sinn der Rede oder der in ihr ausgedrückte Gedanke“ werden die Begriffe Wortlaut und Sinn nicht unterschieden.

³⁾ Anders die erste Auflage.

⁴⁾ Vgl. über diesen Fall v. Ihering, Dogm. Jahrb. Bd. IV S. 106 bis 112, und Hartmann, ebenda Bd. 20 S. 61, auch über den Gegensatz zwischen

So bei dem bekannten Telegramm „Verkaufen Sie X Aktien“, welches entstellt als „Kaufen Sie X Aktien“ anlangte oder bei dem aus Versehen unterschriebenen Formulare. So auch, wenn der erwähnte Kandidat des Nachtwächterpostens zehn statt elf Uhr geschrieben hätte. Hier würde man seinen innern Gedanken nicht aus der Erklärung entnehmen können; es würde dann der von dem Absender erwünschte Sinn (4) mit dem wirklichen Sinne im Widerspruche stehen. Wenn man nun die Frage dahin richtet, ob es auf die Erklärung oder den inneren Willen ankommt, also ob der Wortlaut oder der zuletzt erwähnte innere Wille entscheidend sei, so verdunkelt man durch dieses schroffe „Entweder — Oder“ die Fragestellung. Nicht der Wortlaut entscheidet, noch die innere Absicht, sondern der Sinn der Erklärung¹⁾ unter Berücksichtigung des etwa noch nebenher erkennbaren Willens (§ 133 BGB.).

Leider hat auch das BGB. durch die zweideutige Fassung des § 133 BGB. der hier drohenden Verwechslung nicht genügende Rechnung getragen, weil es von „Willen“ schlechtweg und nicht von dem der angeredeten Partei erkennbaren Willen spricht. Es klingt so, als hafte man für Zusicherungen, die man nachweislich machen wollte, aber aus Versehen nicht gemacht hat. So z. B. wenn jemand hundert Fass Öl anbietet, der Empfänger des Angebots aber hinterrücks erfährt, dass ihm

3 und 4 Hartmann a. a. O. S. 12 Anm. letzten Absatz. Diese Nr. 4 wird mit Nr. 2 vielfach verwechselt, so z. B. wenn man behauptet, dass der innere Wille gar nicht nachweisbar und darum nicht zu berücksichtigen ist. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. XX S. 92, meint, die Spaltung von Wille und Erklärung sei unnatürlich, weil die Willenserklärung eine Einheit sei. Hierbei kann er nur den Willen in dem unter 3 a angegebenen Sinne im Auge haben, während die heutige Meinung, wenn sie Wille und Erklärung spaltet, an Nr. 4 denkt (vgl. auch Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 354 Anm. 59, S. 360 Anm. 70). Lang, Beiträge zur Hermeneutik des römischen Rechts, Stuttgart 1857 S. 3 meint: „Wer nicht will, was er sagt, oder nicht sagt, was er will, hat sinnlos geredet“. Dies entspricht nicht den Gesetzen der deutschen Sprache. Niemand wird eine Erklärung sinnlos nennen, welche in sich einen verständlichen Gedanken enthält, aber aus Versehen abgegeben ist.

¹⁾ Hierbei wird natürlich von Formalgeschäften, z. B. Wechseln, abgesehen. Vgl. darüber Regelsberger, Handbuch des Handelsrechts Bd. II S. 389 Anm. 12.

zweihundert angeboten werden sollten, und nun seine Annahme auf die grössere Summe richtet, die ihm gar nicht angeboten worden war.

Das ist natürlich nicht der Sinn der Vorschrift des § 133, entspricht aber ihrem Wortlaute.

Dass die Römer den erkennbaren Willen „voluntas“ nannten, ist im vorigen Paragraphen wohl zur Genüge erwiesen worden. Der Vertragswille, sowohl der innere als der äussere, sind oben wiederholt als Gedanken bezeichnet worden, nämlich als Gedanken, dass etwas gelten soll. In der Tat lassen die Quellen keinen Zweifel darüber, dass für ihre Rede-weise die Begriffe Wille und Gedanke sich zueinander verhalten, wie die Art zur Gattung. Vgl. lex. 5 dig. de transactionibus 2, 15 (Papinianus):

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

Unter dem Gedanken kann hier, wie aus dem vorigen Paragraphen folgt, nur der in dem Sinne der Erklärung eingeschlossene Gedanke gemeint sein. Woran man bei einem Geschäftsabschlusse gar nicht gedacht hat, davon hat man auch nicht gesprochen. Hat man also von etwas dabei gesprochen, so muss man an dasselbe Ding auch gedacht haben.

Ebenso l. 9 dig. eodem (Ulpianus) in fine:

iniquum est peremi pacto id de quo cogitatum non docetur¹⁾.

Ähnlich lex 12 dig. eodem (Celsus):

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 etc.,

eine Stelle, die von einem innern Willen spricht.

Ähnlich auch die est. 10 Cod. de donationibus 8, 53 verbis: si de hoc fundo non cogitasti.

Es gibt eben auch eine cogitatio civilis neben der cogitatio

¹⁾ Über die Interpunktion dieser Stelle vgl. Mommsen in seiner Pandektenausgabe.

tantum naturalis, d. i. einen rechtserheblichen Gedanken neben dem rechtsunerheblichen.

Das Wort „Vertragswille“ wird für den Sinn der Parteierklärungen neuerdings vielfach verwendet¹⁾. Der „Vertragswille“ ist bei ihnen eben nichts als der rechtserhebliche Wille, d. i. in der Regel der Ausdruck der lex contractus oder des in ihr enthaltenen Gedankens, und die Praxis wendet das Wort täglich in diesem Sinne an.

Man möchte die Frage aufwerfen, wie es nur möglich war, diesen einfachen und quellenmässigen Sprachgebrauch so gründlich misszuverstehen. Wir können eben den römischen Sprachgebrauch nicht in so gefahrloser Weise nachbilden, wie die Römer ihn anwandten. Das vorwiegend praktische²⁾, weltbe-

¹⁾ Vgl. z. B. Hartmann a. a. O. S. 11. So behauptet z. B. Savigny in seinem Obligationenrechte Bd. II § 57, der Bote sei Träger des Willens (ebenso auch z. B. Salkowsky, Lehrb. der Inst. 3. Aufl. § 20). Wille bedeutet hier offenbar den in der Erklärung enthaltenen Gedanken, welcher mit dieser übermittelt wird; denn den Willen eines andern kann man nicht fortragen, wohl aber die von ihm verfasste Erklärung. Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. 1879 S. 325 Anm. 6, behauptet, der vom Stellvertreter erklärte Wille sei der Wille des Vertretenen. Sehr mit Recht; denn er stellt auf den Wunsch des Herrn eine lex contractus her, welcher der Herr sich im voraus unterworfen hat, einen inneren Willen kann er ihm natürlich nicht erzeugen. Wenn daher Regelsberger (Handb. des Handelsrechts Bd. II S. 398 Anm. 9) meint, dass man sich von dieser Auffassungsweise Thöls lieber freimachen solle, so scheint er anzunehmen, dass Thöl das Wort „Wille“ in dem psychologischen Sinn der Neueren nimmt, was sicherlich nicht der Fall ist. Im Sinne Thöls verlangte das Deutsche Handelsgesetzbuch im Art. 278 eine Auslegung des Parteiwillens, womit natürlich nur der erkennbar gewordene, nicht der dunkel gebliebene gemeint ist. Ebenso § 133 BGB. Das Gesetz hebt dies nicht erst hervor, weil es eben nach dem älteren juristischen Sprachgebrauche sich von selbst verstand. Darum hat auch Arndts (2 Pandekten § 66 Anm.) immer mit grösster Entschiedenheit daran festgehalten, dass die Bedingung den Geschäftswillen suspendiere; damit meint er natürlich nur die in der Erklärung angeordnete Rechtswirkung, den imperativen Teil des Geschäfts, welcher in der Tat durch Zufügung einer Bedingung ausnahmsweise suspendiert wird. Vgl. des Verf. Art. condicio in Pauly-Wissowas Realenzykl. der klass. Altertumswissenschaft. Die Suspension der psychologischen Willensregung des Kontrahenten würde eine solche Widersinnigkeit sein, dass man ihre Annahme einem verdienten Gelehrten nicht hätte zutrauen sollen.

²⁾ Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. I 4. Aufl. S. 312 ff.

herrschende Volk sah mit solcher Verachtung vom Standpunkte seiner angeblichen vera philosophia auf die simulata herab¹⁾, dass die Möglichkeit der Verwechslung eines juristischen Begriffes mit einem gleichnamigen philosophischen ihm geradezu undenkbar war. Der Deutsche ist aber ein geborener Metaphysiker und mit Recht stolz darauf, die ewigen und transzendentalen Dinge über die wirklichen zu stellen. Dafür muss er sich aber auch wohl hüten, dass er, wenn er sich nun doch einmal mit realen Dingen beschäftigt, sie nicht durch seine philosophischen Reminiszenzen fälsche. So erweckt das Wort „Willen“ im Kopfe des Deutschen eine übermächtige Ideenassoziation, eine Erinnerung an die schwierigsten philosophischen Fragen, welche es ihm fast unmöglich macht, zu glauben, die Römer könnten mit diesem Lieblingsworte der neueren Philosophie so etwas Einfaches, wie die blosse Unterwerfung unter eine lex contractus bezeichnet haben. Und so kam denn die düstere Metaphysik an einer unrichtigen Stelle in die sonnenhelle praktische Wissenschaft des täglichen Lebens²⁾.

Beseitigt man diesen Missgriff, so fällt der vom Standpunkte der Logik gegen die richtige Meinung erhobene Widerspruch in sich zusammen.

Allein auch vom Standpunkte der Psychologie und aus

¹⁾ Ulpian tat es jedenfalls in I. 1 § 1 Dig. de just et jure I 1. Ungeachtet des grossen Einflusses der antiken Philosophie auf die Redeweise der Juristen, die Sokolowski in seiner „Philosophie im Privatrecht, Halle a. S. 1902“ nachgewiesen hat, vermag ich diesen Satz nicht zu streichen. In Rom war dieser Einfluss mehr eine Ausbeutung nützlicher Gedanken der Philosophen von seiten der Praktiker als eine Folge hochachtungsvoller Verehrung. Man mag dies missbilligen, aber dadurch gewinnt man nicht das Recht, es zu bestreiten. Gerade der von Sokolowski nachgewiesene Einfluss des Aristoteles, des Vaters der Politik, auf die Redeweise der Juristen ist ein neuer Beweis für ihre politisch praktische Denkweise.

²⁾ Vgl. Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878 S. 360 Anm. 70. Man verwechsle übrigens den juristisch wichtigen erklärten Willen nicht mit dem a. a. O. sogen. „Erklärungswillen“, welcher ebenso, wie der nicht erklärte Wille, ein juristisch gleichgültiger psychologischer Vorgang ist, sofern man nicht etwa den Erklärungsakt darunter versteht. Vgl. auch Hölder, KrVJSchr. Bd. 18 S. 175 ff.

legislatorischen Gesichtspunkten ist gegen sie ein Widerspruch erhoben worden. Dieser muss in den nächsten beiden Paragraphen beseitigt werden.

III. Allgemeine Gesichtspunkte.

a) Die Psychologie des Vertragsschlusses.

§ 4.

Die folgenden Ausführungen, welche einer Grenzverwirrung zwischen der Jurisprudenz und der Philosophie wehren, und namentlich einer reinlichen Scheidung der Arbeitsmethoden beider Wissenschaften den Weg bahnen wollten, haben heutzutage einen grossen Teil ihrer Bedeutung verloren. Zur Zeit der Abfassung der ersten Auflage befürchtete der Verfasser eine Beeinträchtigung der praktischen Natur der Rechtslehre durch den Einfluss eines auch von ihm hochgeschätzten Werkes¹⁾. Diese Befürchtungen haben sich als unbegründet erwiesen. Insoweit die exegetischen Grundlagen, die dieses Werk vorfand, aber nicht aufstellte, hinfällig wurden, hat es ihrer Beseitigung nicht im Wege gestanden. Dagegen hat es durch seine Fühlung mit der exakten Philosophie dem verderblichen Dilettan-

¹⁾ Zitelmanns Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, ein Werk, das einerseits grosse Bewunderung und andererseits die heftigsten Angriffe erfahren hatte. Die Bewunderung vermochte auch der Verfasser namentlich der trefflichen Darstellungsgabe, welche sich in dem durchaus klaren psychologischen Teile des Werkes zeigt, zu zollen. Die heftigen Angriffe schienen ihm schon damals ungerechtfertigt. Das Zitelmannsche Buch liess sich nur in Verbindung mit einer eingehenden Widerlegung der bei seinem Erscheinen herrschenden Irrtumslehre beurteilen, deshalb musste sich der Verfasser auch in einer damals unter der Presse befindlichen Rezension desselben für die Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. XXVII auf blosse Andeutungen beschränken, und sie in dieser Schrift vervollständigen. Dass Zitelmann die Irrtumslehre erheblich gefördert hat, wurde bereits in der ersten Auflage wiederholt anerkannt. Vgl. über Zitelmanns Irrtumslehre auch Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexikon 3. Aufl. Bd. II S. 399—402; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 22 ff.; Schlossmann in Grünhuts Zeitschr. für d. Privat- u. öffentl. R. Bd. 7 S. 543 ff.; Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs II S. 151 Anm. 1.

tismus einen Garaus gemacht und nach vielen Seiten Licht, Anregung und Belehrung verbreitet. Trotzdem hält der Verfasser auch bei der zweiten Auflage es nicht für überflüssig, die Grenzscheide zwischen Philosophie und Jurisprudenz hervorzuheben. Nur um seine Worte vor Entstellungen¹⁾ zu schützen, betont er ausdrücklich, dass nach seiner Meinung eine gründliche philosophische Vorbildung die Voraussetzung auch der juristischen dogmatischen Tätigkeit ist, dass das Recht, wie alles andere, nur im Zusammenhange mit dem übrigen Weltganzen verstanden werden kann, dass endlich die sog. Philosophie der Geschichte und die Sozialwissenschaften, welche von manchen trotz ihres durch Erfahrung gewonnenen Inhaltes der Philosophie beigezählt werden, die wesentlichsten Interpretationsmittel zu der Auslegung der Quellen enthalten. Bis zu einem gewissen Grade gilt dies auch von den Sätzen der Dialektik und den Beobachtungen der Psychologie. Endlich wird die Sophisterei, wenn sie sich in die Dogmatik eingeschlichen hat, schlechterdings nur mit den Waffen exakter Logik bekämpft werden können, da die Waffen des gesunden Menschenverstandes an ihrem Panzer erfahrungsmässig abzu-prallen pflegen. Es muss noch hinzugefügt werden²⁾, dass die Rechtslehre immer wieder aus der Schatzkammer philosophischer Terminologien allgemeine Ausdrücke entlehnt hat, deren sie bedurfte, aber in der gemeinen Redeweise des Volkes nicht fand. Wo dies der Fall ist, dient die Philosophie ohne Zweifel zur Auslegung der Rechtsquellen³⁾.

Nach alledem ist nicht vor einer Berücksichtigung der

¹⁾ Dazu rechne ich namentlich die trotz der Textesworte wiederholt aufgestellte Behauptung, dass der Verfasser nicht bloss den Missbrauch der Philosophie habe bekämpfen wollen, sondern überhaupt ihre Verwertung. Es lohnt sich wahrhaftig nicht, das, was in dieser Hinsicht behauptet worden ist, zum Gegenstande weiterer Erörterungen zu machen, vgl. des Verfassers Ausführungen in Gruchots Beitr. Bd. 37 S. 456f. und zu dem folgenden Hölder, Philosophie und geschichtliche Rechtswissenschaft, Zeitschr. der Sav.-Stift. XI S. 52ff.; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892.

²⁾ Dies fehlt in der ersten Auflage.

³⁾ Überzeugende Nachweise hierfür gibt Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle 1902.

Philosophie zu warnen, sondern nur von einer verkehrten Art ihrer Verwertung.

Es gilt dies zunächst von der philosophischen Grundanschauung, in deren Ausdrucks- und Gestaltungsweise die Lehren der juristischen Dogmatik oftmals eingekleidet werden. Die Erfahrung lehrt, dass diese philosophische Grundauffassung nach Personen und Zeiten in mannigfaltigster Weise abwechselt. Jeder Philosoph sucht, um das Wort eines unserer geistreichsten Schriftsteller anzuwenden, gleich einem asiatischen Sultan bei seinem Regierungsantritte seine Brüder zu vernichten. In der Erkenntnis dieses Umstandes haben die Philosophen einen unmittelbaren Einfluss ihrer Sätze auf die Doktrinen praktischer Wissenschaften in der Regel nicht verlangt. Darum muss auch die Jurisprudenz ein neutraler Boden bleiben, auf welchem die verschiedenen philosophischen Parteien Frieden halten können. Natürlich wird man auch hier die philosophische Grundansicht eines jeden zwischen den Zeilen lesen können, auf den Zeilen wird er sie möglichst verschweigen müssen¹⁾, denn unmöglich ist es, dass das für die Dauer und gleichmässige Anwendung bestimmte Recht in seinen Grundlagen in derselben Weise hin- und herschwanken kann, wie es die Philosophie tut und tun muss. Unmöglich ist es ferner, die Erscheinungen des täglichen Lebens, namentlich die Parteiabreden, in Begriffe zusammenzuziehen, welche von ganz anderen Anschauungen aus geformt sind, als von denjenigen, welche bei den Römern das wirkliche Rechtsleben beherrscht haben, es bei uns und überall beherrschen und es wahrscheinlich stets beherrschen werden, nämlich von den Anschauungen des gesunden Menschenverstandes, des common sense, welcher die Körper sowie die Ereignisse und die Zustände, welche wir an ihnen wahrnehmen, für reale Dinge, die Vorgänge des Seelenlebens aber für etwas bloss Gedachtes ansieht, welcher die Grundstücke trotz ihrer Umwälzung um die Sonne für unbeweglich hält, den Begriff der Unteilbarkeit nicht auf die Atome beschränkt usf., mit einem Worte: derjenigen Weltan-

¹⁾ Dies gilt m. E. auch von der Stellung des einzelnen zur Lehre von der Willensfreiheit.

schauung, welche die Dinge einfach nach ihrer praktischen Bedeutung ansieht und behandelt¹⁾. Der Dogmatiker darf und soll sich in seinem Innern über diese Anschauung erheben, er darf und soll die so gewonnenen Anschauungen zur Berichtigung überlieferter juristischer Lehren benutzen, was er aber in dieser Weise gefunden hat, darf er niemals in der rein philosophischen Form in die juristische Dogmatik hineinragen, er muss es erst einem Transsubstantiationsprozesse unterwerfen, in welchem es in die Sprache und Denkweise des Rechtslebens übertragen wird, und erst dann darf er es als eine juristische Lehre aussprechen. Tut er dies nicht, so wird er Verwirrung, ja geradezu materiellen Schaden anstiften²⁾. Die Dogmatik ist, mag sie nun wollen oder nicht, eine praktisch wirkende Wissenschaft. Wenn sie dies vielfach nach der Art des Vogels Strauss verkennt und die Nichtachtung dieses Umstandes sogar in sehr verkehrter Weise als einen wissenschaftlichen Idealismus preist, so schafft sie damit jene Tatsache nicht aus der Welt. Was sie ausspricht, dringt notwendigerweise durch die Kanäle des Unterrichts und der juristischen Lektüre in die Sitzungssäle der Gerichte, das Sprechzimmer des Advokaten und schliesslich in das Verkehrsleben hinein. Tritt sie nun mit unverständlichen Doktrinen auf, welche es dem Rabulisten ermöglichen, im Trüben zu fischen, formuliert sie ihre Begriffe ausserhalb des Rahmens des objektiven Rechtes, dessen Schranken innezuhalten den Richter sein Eid bindet, bildet sie endlich Dogmen aus, welche schon in ihrer Fassung den Anschluss an die Anschauungen des täglichen Lebens, welchen sie angepasst werden sollen,

¹⁾ Insoweit die antike Philosophie ähnliche Anschauungen vertreten hat, ist sie für juristische Terminologien zur Quelle geworden und ich meine daher nicht mit Erman (Gött. gel. Anzeigen 1806 S. 408), dass wir von veränderten Anschauungen aus derartige juristische Terminologien abändern sollen.

²⁾ Als ein Beweisstück für die entgegengesetzte Methode erwähne ich hier die Behauptung einiger Gelehrten, dass nach dem Kausalgesetze eine Unterlassung keine positiven Wirkungen erzeugen und dass also z. B. durch die unterlassene Rüge der Inkompetenz ein Gericht nicht zuständig werden könne. In dieser Deduktion sind zwei Weltanschauungen durcheinander gemengt, eine rein philosophische und die spezifisch-juristische.

verfehlen, so wird ihr von seiten der Praxis nicht bloss Gleichgültigkeit, sondern, um es gerade herauszusagen, eine unverkennbare und höchst bedauerliche Abneigung entgegengebracht werden. Ebenso wenig wie es ihr frommt, sich hierüber zu täuschen, ebensowenig glaubte der Verfasser diesen nur allzuoft vertuschten Umstand hier verschweigen zu dürfen.

Muss sich also die Jurisprudenz in formeller Hinsicht von der Philosophie möglichst unabhängig machen, so ist sie auch nach ihrem Inhalte auf ganz andere Ziele gerichtet. Eine täuschende Ähnlichkeit der juristischen und der philosophischen Methode verdunkeln diesen Umstand nur allzuoft. Jurisprudenz und Philosophie suchen beide, um mit Lotze¹⁾ zu reden: „Zusammengeratenes auseinanderzureissen und Zusammengehöriges zu verbinden“. Beide gehen von der bunten Fülle des täglichen Lebens aus und suchen sich nach allgemeinen Gesichtspunkten zu beherrschen, beide bilden Begriffe, Urteile, Schlüsse. Man möchte daher vielleicht meinen, dass beide denselben Weg wandeln und die Philosophie bloss noch weiter fortschreitet als ihre Weggenossin. Dies würde aber grundfalsch sein. Das Ziel der Jurisprudenz ist bei ihren Formulierungen von vornherein ein anderes als dasjenige des Philosophen. Dieser will die gesamte Welt verstehen, jene nur denjenigen Teil der Welt, welcher im objektiven Rechte von Interesse ist; der Philosoph steuert daher von einer humanarum atque divinarum rerum notitia auf eine humanarum atque divinarum rerum scientia, der Jurist von dem gleichen Ausgangspunkte nur auf eine *justi atque injusti scientia* los. Der Philosoph bemüht sich die absolut gegebene Grösse der Welt zu erfassen und sucht sich völlig frei und ungebunden einen Standpunkt, von welchem ihm dies am besten möglich zu sein scheint. Der Jurist sucht dagegen eine Vermittelung zwischen zwei gegebenen Grössen, den Erscheinungen des täglichen Lebens einerseits und dem objektiven Rechtssatze andererseits, er muss also einen Standpunkt suchen, der ihm nach zwei Seiten einen vollen Überblick gewährt und ist daher in der Auswahl desselben ausserordentlich

¹⁾ Logik, Leipzig 1874 S. 3.

beschränkt. Auch sucht er nicht bloss absolute Grössen, nämlich die geschichtlich gegebene Satzung und das durch Beobachtung zugängliche wirkliche Leben zu erfassen, sondern der eigentliche Beruf der Dogmatik besteht in einer Feststellung der Beziehungen dieser Grössen untereinander. In diesem Arbeiten mit blossen Relationen gegebener Grössen steht er dem Mathematiker näher als dem Philosophen; gleich dem ersteren gewinnt er Resultate, bei denen man von absoluter Richtigkeit reden kann, jedoch nur da, wo die zu vergleichenden Grössen, nämlich das Recht und die von diesem in bezug genommenen Zustände und Ereignisse des täglichen Lebens ausnahmsweise ebenso fest sind, wie die von dem Mathematiker in ihrem Grössenverhältnisse beobachteten Dinge der physischen Welt¹⁾. Darum sind die Beobachtungen, welche der Philosoph von seinem Standpunkte aus macht, für den Juristen als solche völlig wertlos, sofern nicht auch der Philosoph auf den Standpunkt des Juristen tritt und von hier aus redet, was ihm natürlich freisteht.

• Was hier von der Philosophie im allgemeinen gesagt ist, das gilt auch von der Psychologie. Freilich ist eine Anlehnung gewisser Begriffe des Strafrechtes an die Definitionen der Psychologie ganz unerlässlich. Dies ist schon deshalb der Fall, weil unser Strafrecht sich vielfach ähnlicher Terminologien bedient, wie die exakte Philosophie, ein Umstand, vor welchem die spezifisch-privatrechtlichen Begriffe infolge einer Rezeption

¹⁾ Das Recht selbst kann als geschichtliche Grösse nur durch eine historische, also bis zu einem gewissen Grade unexakte Methode gewonnen werden, ebenso wie das Beweismaterial des einzelnen Falles; die demnächstige Beziehung zwischen beiden ist dagegen eine exakte Tätigkeit. Es gibt Juristen, welche irrigerweise auch auf die Feststellung des historischen Stoffes und auf die Beweiserhebungen des Prozessverfahrens mathematische Methoden anwenden und welche andererseits die blossen Relationen zwischen beiden, namentlich die Rechtsbegriffe gleich gegebenen körperlichen Grössen beobachten zu können glauben oder gar die dem Rechenexempel vergleichbaren juristischen Deduktionen in phantastische Gewänder hüllen. Beides ist gleich verkehrt. Insofern liegt in den übertriebenen Ausstellungen, welche Schlossmann in seinem „Vertrage“ gegen die übliche Methode richtet, ein wahrer Kern, welcher jedoch bei der Unterschätzung der geschichtlichen Natur des Rechtes, an welcher jene Schrift leidet, sich nicht in der völlig richtigen Fassung befindet. Vgl. auch Schall, Der Parteiville im Rechtsgesch. 1877 S. 13 ff.

des fremden Rechtes nicht zu ihrem Schaden in weit höherem Grade verschont blieben. Hier ist es, gerade um die Philosophie vom Rechtsgebiete fernzuhalten, nötig, genau festzustellen, wodurch sich die juristischen Begriffe der Absicht, des Vorsatzes, der Freiheit u. dgl. von den entsprechenden gleichnamigen philosophischen hinsichtlich ihrer Merkmale unterscheiden¹⁾.

Nur so kann der Konfusion vorgebeugt werden, welche aus der Vieldeutigkeit der Terminologie entsteht. Was hier vom Strafrechte gilt, gilt ohne weiteres auch für das Zivilrecht in denjenigen Teilen, welche von den Lehren des Strafrechtes abhängen, z. B. der Lehre von den Voraussetzungen der Deliktsansprüche. Ja selbst das muss zugestanden werden, dass in der Vertragslehre eine Reihe von Ausdrücken, wie Irrtum, Absicht, Beweggrund, Identität u. dgl. wiederkehrt, deren spezifisch-juristischer Sinn nur durch eine vergleichende Gegenüberstellung der gleichnamigen philosophischen Begriffe gewonnen werden kann.

Hätte man bloss in diesem Sinne Fühlung mit der Psychologie gesucht, so würde nichts dagegen einzuwenden sein. Man beantwortete aber vom psychologischen Standpunkte aus nicht bloss die Frage, was der Irrtum ist, sondern auch die zweite Frage, welche Folgen das objektive Recht an die verschiedenen Arten des Irrtums anheftet. Damit ist der Standpunkt der historischen Schule aufgegeben und derjenige des Naturrechtes von den Toten auferweckt. Grundsätzlich wird freilich eine Ermächtigung zu diesem Verfahren den Quellen entnommen. Die römischen Quellenstellen, in welchen von voluntas und consensus die Rede ist, haben zu der Behauptung Anlass gegeben, dass die römischen Juristen dem „Psychologen“ vom Fach

¹⁾ Dass in dieser Richtung das Bestreben Zitelmanns in seinem „Irrtum und Rechtsgeschäft“, eine Fühlung mit der Psychologie zu suchen, ein höchst verdienstliches war, hätte nicht bestritten werden sollen. In ähnlicher Richtung bewegt sich auch der recht beachtenswerte Aufsatz von Lammasch, „Handlung und Erfolg“ in Grünhuts Ztschr. Bd. 9 S. 221 ff. und seitdem eine grosse Anzahl von Schriften, vgl. z. B. Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, Breslau 1901 S. 54 ff., Horn, Der Kausalitätsbegriff der Philosophie und im Strafrechte, Leipzig 1895 S. 55 ff.

ebenso zu einer Entwicklung der Irrtumslehre Vollmacht erteilt hätten, wie sie Feststellung des Irrsinns dem Arzte überlassen haben¹⁾. Mit der oben gegebenen Berichtigung der üblichen Übersetzung von voluntas und consensus fällt die Grundlage dieser Argumentationen weg. Allein, selbst wenn diese Übersetzung richtig wäre, so bliebe doch die aus ihr hergeleitete Folgerung unhaltbar. Dem Gerichtsarzte überlässt das Recht nur die Antwort auf die Frage, ob in bestimmten Fällen ein Irrsinn vorliegt, nicht diejenige, welche rechtliche Wirkungen der Irrsinn hat, also wird es wohl auch die Lehre von den Folgen des Irrtums nicht dem Psychologen überlassen haben. Ausserdem kennt die römische und die heutige Praxis zwar einen besonderen Stand der Ärzte, während sie ihren Hausbedarf an juristischer Psychologie sich grundsätzlich selbst geschaffen hat und schafft. Endlich ist es vom historischen Standpunkte nicht eben sehr wahrscheinlich, dass ein Ulpianus, der Verfasser des stolzen Wortes von der vera philosophia, seine Lieblingswissenschaft von den Schwankungen eines zu seiner Zeit kaum entwickelten Zweiges der Philosophie hat abhängig machen wollen, noch überhaupt, dass Männer, welche nicht bloss Juristen, sondern auch höchste Verwaltungsbeamte waren und nebenbei als Militärsbefehlshaber barbarische Prätorianerhorden zu zügeln wussten, die Lösung praktisch wichtiger Fragen in die Hand des „Psychologen“ von Fach gelegt haben sollten.

Ja, selbst wenn Worte wie voluntas und consensus uns berechtigten in jedem Falle, nach dem inneren Willen, wie er einem Vertragsschlusse vorhergeht, zu forschen, so würde doch jene Forschung bei einer genügenden psychologischen Untersuchung zu ganz anderen Ergebnissen hinführen, als man behauptet.

Wenn die herrschende Meinung des Pandektenrechts auf den Willen der Parteien ein Hauptgewicht legte und von ihm die Geltung des Geschäfts abhängig machte, so meinte sie damit nicht jene inneren Prozesse, innerhalb deren sich der Wille bildet, sondern das, was der kontrahierenden Partei als

¹⁾ Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 18 ff.

gewollter Erfolg des Geschäfts vorschwebt, nicht also eine Beleuchtung der Art, wie der Kontrahent will, sondern desjenigen, was er will. Über dieses „was“, über den Gegenstand des Wollens, gibt die exakte Psychologie aber grundsätzlich keine Auskunft. Sie lehrt wohl, wie die Willenserzeugung entsteht und vergeht; ihre Sätze passen aber auf jeden Willensinhalt, sie stimmen zu der Seele des Edeln wie des Schlechten, des Selbstlosen wie des Eigennütigen, des Mutigen wie des Feigen in ganz gleicher Weise. Folglich können sie auch niemals mit Sicherheit feststellen, was ein Mensch bei einem Vertragsschlusse erreichen will. Es kommt eben ganz auf den Menschen an. Je nach den Empfindungen, deren Befriedigung in letzter Linie das Ziel seines Handelns, und deren Beschaffenheit eine individuell verschiedene ist, bestimmt sich der Inhalt ihres Wollens¹⁾. Um also festzustellen, was die Partei durch den Vertragsschluss erreichen will, genügt die Beobachtung der allgemeinen Formen des Wollens nicht und ist der Weg der Selbstbeobachtung völlig unzureichend; vielmehr kommt es hier auf Menschenkenntnis und Lebenserfahrung an. Es kann der Kreis der zu beobachtenden Objekte, nämlich der menschlichen Gesinnungen, aus denen Vertragsschlüsse hervorzugehen pflegen, hierbei gar nicht weit genug abgesteckt werden.

Wäre man in dieser Weise vorgegangen, so würde man gefunden haben, dass sich in der Seele eines Kontrahenten, welcher sich vor dem Vertragsschlusse die Frage aufwirft, ob er sich die Befugnis vorbehalten solle, später ein etwa ihm unerwünschtes aus Versehen oder infolge eines von ihm unverschuldeten Missgeschicks gegebenes Wort zu widerrufen, also eine erweckte Hoffnung zu enttäuschen, meist verschiedene Empfindungen regen werden; die eine entstammt der Aussicht auf den Vorteil, welchen der Widerruf des Geschäftes bringen würde, die andere auf dem Nachteil, den die unzuverlässige Partei in ihrem Kredit erleiden kann²⁾. Es gibt aber doch

¹⁾ Eine nähere Betrachtung dieser sehr mannigfachen Gefühle nach ihren Arten findet sich z. B. bei Spencer, Prinzipien der Psychologie Teil 2 Kapitel 9, Teil 4 Kapitel 8; ebenso bei Kirchmann, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral, Berlin 1869 S. 23—71.

²⁾ Den Gedanken, dass das Bedürfnis, die eigene Kreditfähigkeit zu

auch Parteien, die ihre Wünsche mit Rücksicht auf den kategorischen Imperativ formen: „Handle so, dass deine Handlung die Maxime einer allgemeinen Gesetzgebung sein kann“, wobei sie erwägen, dass die Widerruflichkeit der aus Versehen gegebenen Geschäftserklärungen die Maxime einer vernünftigen Gesetzgebung, welche Treu und Glauben, Verkehrssicherheit und Volkswohlstand zu erhalten bezweckt, nicht sein kann. Je nachdem nun der eine oder der andere Trieb in dem Menschen stärker entwickelt ist, wird er die Widerruflichkeit oder die Unwiderruflichkeit der Willenserklärung wollen. Die psychologische Untersuchung der Seele der Kontrahenten würde also bei dem einen Beobachtungsobjekte zu der herrschenden Meinung, bei anderen Naturen zu der hier verfochtenen Ansicht führen. Es käme also darauf an, ob die Willensauslegung als Normalzustand die eine oder die andere Gesinnung präsumieren soll. Ginge es hierbei schlechtweg nach der Majorität der Menschen, so würde das Ergebnis vielleicht zweifelhaft sein, und man könnte dann möglicherweise den Satz vertreten, dass das Privatrecht auf den nackten Egoismus abziele, dass also immer die egoistischere Gesinnung vom juristischen Standpunkte wahrscheinlicher oder natürlicher sei. Das mag vielleicht zu modernen Anschauungen passen, den Vorschriften des römischen Rechtes entspricht es nicht. Dies Recht stellt sich nicht jenseits von Gut und Böse. Der Grundsatz „quisquis praesumatur bonus“ zieht sich vielmehr durch die römische Auslegungstheorie hindurch. Er erklärt sich nicht etwa daraus, dass die Römer einfältig genug gewesen wären, zu übersehen, wie wenig diese Präsumtion oft dem wahren Sachverhalte entspricht, sondern daraus, dass sie es in ihrer ars aequi et boni vermeiden wollten,

wahren, irrende Parteien in jedem Falle dahin führe, ihr gegebenes Wort als unantastbar anzusehen (allgem. Teil des BGB. S. 464 ff.), lasse ich jetzt fallen. Dagegen Manigk a. a. O. 69, 70. Er passt nur auf verständige und kreditbedürftige Parteien. Wenn, wie wir unten sehen werden, das Ergebnis ihrer Denkart auch andern Vertragsschliessenden durch Rechtsvorschrift aufgedrängt wird, so liegt darin eine Nichtbeachtung des inneren Willens dieser minderwertigen Rechtsgenossen aus politischen Gründen, nicht aber eine Berücksichtigung ihres wahren inneren Willens.

die Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Wohlwollen durch das Recht selbst zu prämiieren¹⁾).

Alle diese Erwägungen würden freilich immer nur dazu führen, diejenige rechtliche Wirkung des Geschäftes aufzuklären, welche der redliche Mensch unter Staatsschutz zu stellen wünscht; die Frage, ob der Staat sie auch wirklich schützt, bliebe auch hier den Quellen des positiven Rechtes zur Beantwortung überlassen.

Freilich hält die herrschende Meinung es für möglich, aus einer Aufklärung der Parteiabsicht, wie sie einem Geschäftes vorhergeht, den Willen herauszulesen, dass die Erklärung nur soweit gelten soll, als sie wirklich gewollt ist. Es lässt sich aber nachweisen, dass diese Betrachtungsart unter allen Umständen in einen argen Zirkelschluss verwickeln muss. Zunächst vergesse man nicht eine höchst nüchterne Wahrheit, welche zwar nicht bestritten, aber desto mehr ausser acht gelassen worden ist. Eine Parteiabsicht kann einen rechtlichen Erfolg niemals direkt durch die Erklärung allein bewirken wollen²⁾. Selbst ein Laie weiss sehr gut, dass er durch seine Erklärung nur solche rechtliche Wirkungen zu erzeugen imstande ist, welche die Vorschrift des objektiven Rechtes an eine Handlung der beabsichtigten Art anknüpft. Nur ein Wahnsinniger kann bei seinen Verträgen die Absicht haben, dass sich an seine Handlung auch dann eine Rechtswirkung anheften soll, wenn das objektive Recht es nicht will. Die Rechtswirkung ist ja eben eine Wirkung nach Massgabe des objektiven Rechtes. Nur ist es neuerdings streitig, ob die Parteien überhaupt rechtliche Geschäftswirkungen wollen, oder ob ihre Absicht sich

¹⁾ Die Jurisprudenz ignoriert also von ihrem praktischen Standpunkte den Satz, dass das Dichten und Trachten des menschlichen Herzens von Jugend auf böse ist und überlässt es jedem Juristen, ausserhalb seiner Berufstätigkeit sich eine eigene Ansicht über jenen Punkt zu bilden, innerhalb des Berufs muss er aber seinen Standpunkt des Wohlwollens unbedingt festhalten.

²⁾ Es ist neuerdings wiederholt darauf aufmerksam gemacht worden, dass man bei seinen juristischen Ausführungen auf diese Wahrheit besser achten solle, als es gewöhnlich geschieht (vgl. Bülow im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 64 Abs. 1 nota 47, 51, 52). Ähnlich Lothar Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, Nördlingen 1881 S. 168.

nicht vielmehr nur auf faktische Ziele richtet. Um nicht späteren Ausführungen vorzugreifen, wollen wir im Nachfolgenden durchweg den Fall voraussetzen, dass Juristen nach vorheriger genauer Überlegung der rechtlichen Wirkung eines Vertrages diesen abschliessen. Erweist sich die herrschende Meinung hier als falsch, so ist sie sonst um so mehr unhaltbar. Der Geschäftswille derartiger Kontrahenten geht also, insoweit er sich auf den Rechtserfolg richtet, auf folgende Ziele ¹⁾:

1. Hervorrufung der Vertragserklärungen (als Mittel), bei dem Offerenten zunächst der Hervorrufung der eigenen und sodann der Erklärung des andern Teils.

2. Veranlassung des Mitkontrahenten, dem Inhalte der Abrede tatsächlich zu entsprechen (Zweck) und gleichzeitige Erregung einer Hoffnung bei der andern Partei, die dem entspricht. Dieser Erfolg kann nur dadurch erreicht werden, dass zunächst in der verpflichteten Partei Empfindungen erregt werden, die eine Hoffnung auf der anderen Seite hervorzurufen geeignet sind. Es stehen hier drei Gefühle nebeneinander, die durch den Vertragsschluss entweder sämtlich oder zum Teil erregt werden, nämlich:

- a) das Pflichtgefühl,
- b) das eigene Vermögensinteresse, nämlich entweder die Hoffnung auf die Gegenleistung, oder die Furcht von Kreditgefährdung,
- c) die Prozessfurcht (metus actionis).

Von diesen Gefühlen hängt nur das dritte von der Rechtsordnung ab, die ersten beiden ergeben sich aus der Menschenatur und den Lebensverhältnissen auch ohne jede Rechtsvorschrift.

In zahllosen Fällen denkt weder der zukünftige Gläubiger an das Gefühl der Prozessfurcht, noch empfindet es der zukünftige Schuldner. In der Regel reichen Pflichtgefühl und Eigennutz aus, um die Abrede ausführen zu lassen. Die Prozess-

¹⁾ Vgl. Windscheid im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 77. Dass die im Texte genannten Ziele den Inhalt einer und derselben Willensregung bilden, nicht aber verschiedene psychologische Tatsachen darstellen, habe ich durchaus nicht bestreiten wollen. Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 391, ist darüber in Zweifel geraten.

scheu steht nur in Reserve und rückt nicht in die Schlachtreihe der Motive, welche den Vertrag sichern. Nur weitsichtige Parteien werden sich deshalb der Bedeutung dieses Motivs in jedem Falle bewusst. Aber gerade die Denkart dieser Parteien wird aus legislativpolitischen Gründen von der Rechtsordnung dem Geschäftsinhalte aufgeprägt, wie wir unten bei der Auslegungslehre sehen werden.

Die herrschende Meinung lehrt nun, dass nach objektivem Rechte bei Verträgen diejenige Wirkung eintreten soll, welche die Vertragspartei sich vorher in seinem Innern herbeiwünscht, nicht bloss diejenige, welche er als gewünscht erklärt, die also im juristischen Sinne gewollt ist. Wer sieht hier nicht sogleich, dass ein offener *circulus vitiosus* vorliegt? Die Partei will diejenige Wirkung, welche das Recht will, das Recht will nach dieser Ansicht die Wirkung, welche dem Parteiwillen entspricht, dieser verweist wieder auf das Recht, das Recht verweist auf ihn zurück und so fort in infinitum. Wer also aus einer Betrachtung des Geschäftswillens das objektive Recht herauslesen will, der findet, falls er sich eine unbefangene Partei als Gegenstand seiner Betrachtung nimmt, nur ein leeres Blatt vor, oder vielmehr einen Hinweis auf das objektive Recht. Halten wir uns dagegen an den erklärten (rechtserheblichen) Willen und seine ihm von Rechts wegen beigefügten Ergänzungen, so kann von einem solchen *circulus vitiosus* nicht die Rede sein.

Wie kommt es aber, dass neuere Juristen dennoch aus der psychologischen Beobachtung der Geschäftsabsicht juristische Resultate herausfinden? Dies erklärt sich sehr einfach daraus, dass sie sich als Gegenstand ihrer Betrachtung einen Menschen denken, welcher die herrschende Meinung kennt, sie für die richtige hält und danach seinen Geschäftswillen bildet. Ein solcher sagt sich z. B., wenn er einen Bestellbrief an seinen Buchhändler absendet: „Ich will aus diesem Brief nur haften, wenn er nicht in einem wesentlichen Punkte mit meinem wahren Willen im Widerspruch steht; denn nur unter dieser Voraussetzung bindet mich der Brief nach objektivem Rechte“. Hier ist es in der Tat nicht schwer, den objektiven Rechtssatz, den der Kontrahent früher in sein Inneres aufgenommen hat, nunmehr in demselben wieder zu entdecken; unberechtigt ist es

aber, auf dieses Resultat irgend welches Gewicht zu legen¹⁾. Hätte man statt eines Anhängers der genannten Ansicht sich einen seiner wissenschaftlichen Gegner zum Beobachtungsgegenstande ausersehen, so würde man gerade das Entgegengesetzte aus dessen Seele herausgelesen haben. Wenn z. B. der Verfasser dieses Buches einen Bestellbrief an seinen Buchhändler absendet, so ist der Inhalt seines Geschäftswillens der folgende: „Ich will aus diesem Schreiben auch dann gebunden sein, wenn es etwa wider Erwarten mit meinem inneren Willen nicht übereinstimmen sollte; denn das objektive Recht bindet mich auch in diesem Falle“²⁾.

Hier haben wir zwei verschiedene Geschäftswillen, beide sind zweifellose psychologische Tatsachen. Welcher soll nun der richtige, der entscheidende sein?

Wenn nun ein Anhänger einer Rechtslehre ausschliesslich auf sein eigenes Inneres sieht, so läuft die Darstellung der Geschäftsabsicht des Kontrahenten, welche er durch Selbstbeobachtung gewinnt, im wesentlichen darauf hinaus, das Vorhandensein dieser Meinung in seinem Innern festzustellen, ein Ergebnis, welches zwar richtig ist, aber auf anderem Wege bequemer hätte gewonnen werden können; denn wenn man seine Ansicht den Quellen entnommen zu haben glaubt, so ist ein besonderer psychologischer Nachweis dafür, dass sie auch wirklich besteht, nicht nötig, und für die Jurisprudenz hat das keinerlei Beweiskraft, weil es nur die Feststellung einer vor-gefassten Meinung ist.

Man kann übrigens noch weiter gehen und die angefochtene Ansicht anerkennen, ohne jedoch zu den aus ihr gewonnenen Ergebnissen zu gelangen. Nach der hier angefochtenen Meinung ist die Absicht eines Geschäfts: das Begehren des unmittelbaren Erfolges der Willenserklärung, und diese Absicht soll ihrem Inhalte nach die dem Rechtsgeschäfte eigentümlichen Rechtswirkungen enthalten. Es wird dann weiterhin ange-

¹⁾ Zustimmung Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes 1888 II S. 486.

²⁾ Windscheid im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 82 meint, der Satz Bährs, dass jeder Kontrahent so denken müsse, sei kühn. Es wird eben alles davon abhängen, welcher Ansicht derselbe huldigt.

nommen, dass bei Rechtsgeschäften die auf den unmittelbaren Erfolg der Handlung gerichtete Absicht die von ihm sogenannte „Geschäftsabsicht“, d. i. der auf den rechtlichen Erfolg gerichtete Wille, sei¹⁾. Darum trennen viele neuere Juristen den „Geschäftswillen“ von dem „Willen der Erklärung“, d. i. der Absicht, den Geschäftsakt vorzunehmen, und sehen im ersteren das, was die Geschäftswirkung bestimmt²⁾. Allein diese Identifizierung der unmittelbaren Absicht der den Geschäftsabschluss enthaltenden Handlung mit der beabsichtigten rechtlichen Wirkung derselben beruht auf einer ungenauen psychologischen Beobachtung. Sobald man sich nämlich den Seelenzustand desjenigen, welcher eine Offerte abgeben will, auseinanderbuchstabiert, wird man bemerken, dass er vor einer Handlung steht, welche eine Reihe mehrerer zeitlich einander folgender Ereignisse nach sich zu ziehen bestimmt ist³⁾. Wer

¹⁾ Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 364, 371. Irrtum und Rechtsgeschäft S. 117 ff., 373 ff.

²⁾ Vgl. Bruns, Pandektenfragmente S. 474; Pernice, Zur Lehre von den Rechtsgeschäften in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 25 S. 87, spricht von einem „Wirkungswillen“; Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung, Kiel 1882 (eine nur zum Teil richtige, gegen Zitelmann gekehrte Ausführung, welche sich in der Quellenexegese der herrschenden Meinung blindlings anschliesst, s. S. 6) von einem „Rechtswillen“ (S. 14, 19) oder einem „Realisierungswillen“. Der gemeine, nicht juristische Sprachgebrauch neigt dahin, das Wort Absicht nicht auf alle bewusst gewollten, sondern bloss auf die gewünschten Folgen einer Handlung einzuschränken. Nicht begründet scheinen dem Verfasser dagegen die Ausführungen Thomsens (a. a. O. S. 14), welche bestreiten, dass die Redewendungen: „Ich will mein Haus verkaufen“ und „Ich beabsichtige mein Haus zu verkaufen“ durchaus gleichwertige sind. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 336 unterscheidet 1) den auf die Rechtsfolgen gerichteten Willen, 2) den auf den Geisteseffekt gerichteten Willen, 3) den auf die Kommunikationszeichen gerichteten Willen und bemerkt S. 338, der rechtsgeschäftliche Wille bestehe nur darin, dass die Erklärung gewollt sei. Vgl. auch Thon, Rechtsnorm und subjekt. Recht S. 360. Allein alle diese Willen sind in der Seele der Menschen nicht verschiedene psychologische Tatbestände, sondern nur ein einziger. S. die folgende Anmerkung.

³⁾ Zitelmann nennt solche Handlungen (Irrtum S. 115 ff.) eine „erweiterte Handlungsreihe“. Der Ausdruck passt insofern nicht, als die Handlung selbst auch hier nur eine einzige ist, nicht eine Reihe von Handlungen; was hier eine Reihe bildet, das sind die mehreren Erfolge der Handlung.

eine solche Handlung vornimmt, in dessen Geiste spiegelt sich die Kette der hervorzurufenden Ereignisreihe im voraus ab, meist freilich nur in einer konzentrierten Form, welche sich nur bei sehr scharfer Betrachtung in ihre einzelnen Bestandteile auflöst. Ein jeder Urheber einer ersten Vertragserklärung (Vertragsantrag) will, falls er zu den sogenannten Musterparteien gehört, folgende Ereignisse hintereinander — und zwar das spätere durch das frühere — hervorrufen:

1. Zunächst soll ein Erklärungsakt erfolgen;
2. Sodann soll er zu den Wahrnehmungswerkzeugen des Mitkontrahenten hingelangen;
3. demnächst soll dieser seinerseits dem Mitgeteilten zustimmen; hierdurch sollen
4. beide Kontrahenten in die Hoffnung auf Vertragserfüllung versetzt werden; indem sie die Möglichkeit erhalten, die Geschäftswirkung im Notfalle vor Gericht geltend zu machen, d. h. es sollen für sie Rechte und Pflichten entstehen, sich ändern oder aufhören; dies ist der Rechtserfolg;
5. endlich soll der Mitkontrahent, teils veranlasst durch das in ihm wachgerufene Pflichtgefühl, teils durch eigennützige Gedanken, teils durch die Furcht vor dem drohenden Rechtszwange (4) sich tatsächlich so verhalten, wie er es kraft der ihm obliegenden Notwendigkeit muss; dies ist der wirtschaftliche Erfolg, der Endzweck der Offerte, eine Veränderung oder eine Fortdauer eines Zustandes innerhalb der Aussenwelt¹⁾. Man nennt ihn die Vertragserfüllung.

Wir sehen, dass hier in der Tat bei Parteien, die klug und nachdenklich genug sind, beides gewollt ist: Rechtserfolg und wirtschaftlicher Erfolg²⁾. Dieser ist der Zweck, jener das

¹⁾ Bei den rechtsaufhebenden Geschäften geht das Geschäft nicht darauf hin, eine solche Veränderung hervorzurufen, sondern, ihre Erzwingbarkeit zu beseitigen.

²⁾ Das Gesagte passt genau nur bei solchen Verträgen, die erst später zu erfüllen sind. Bei den sofort erfüllten beziehen sich die erregten Hoffnungen nur auf eventuelle, d. h. bloss mögliche Rechte (z. B. Eviktionsregresse). Ebenso bei allen dinglichen Verträgen; denn hier richten sie sich auf den etwa nötig werdenden Schutz des Erwerbers gegen Dritte.

Mittel¹⁾; beide sind nur Glieder einer Kette von Erfolgen, welche als ein einheitliches Zukunftsbild einer Reihe von Ereignissen vor der Seele dessen steht, welcher sich dazu entschliesst, durch seine Erklärung einen Vertragsschluss zu veranlassen. Wollte man dieses Gesamtbild, welches den inneren Willen ausmacht, etwa in seine fünf Teile zerlegen²⁾ und jeden Teil mit dem Namen eines besondern Willens bezeichnen (Wille zur Erklärung, Wille zur Mitteilung der Erklärung, Wille der Antwort, Wille des Rechtserfolges, Wille der Ausführung des Geschäftes), so würde es natürlich nicht unmöglich sein, eine solche Operation durch trennendes Denken an diesem geistigen Bilde, wie an jedem andern, zu vollziehen; was aber damit gewonnen werden sollte, ist nicht einzusehen. Keinesfalls aber darf man behaupten³⁾, dass der Geschäftswille des Rechtserfolges oder die Geschäftsabsicht sich auf einen unmittelbaren Erfolg der Erklärungshandlung richtet⁴⁾. Er steht vielmehr in der obigen Skala erst an vierter Stelle, und bei schriftlichen Erklärungen würde sich zwischen eins und zwei noch ein weiterer Erfolg: „die Reise des Erklärungsbriefes von dem einen Kontrahenten zu dem andern“ einschleichen. Bei der Akzeption ist freilich die Kette der Erfolge zwischen Erklärung und Rechtswirkung ein wenig kürzer, immer aber — selbst bei der einfachsten derjenigen Erklärungen, aus welchen

¹⁾ Der Rechtserfolg ist also in dem Verhältnisse zu der Erklärung „Zweck“ und in demjenigen zu dem wirtschaftlichen Erfolg „Mittel“. Über den Begriff des Zweckes finden sich recht beachtenswerte Ausführungen in Zitelmanns Irrtum und Rechtsgeschäft S. 117 f.

²⁾ Nach Analogie der herrschenden Meinung, welche den Erklärungswillen und den Geschäftswillen nebeneinander stellt.

³⁾ Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 378.

⁴⁾ Thomsen scheint a. a. O. S. 14 das Unrichtige der hier angefochtenen Deduktion noch überbieten zu wollen, indem er die Anschauungsweise des gemeinen Lebens, nach welcher man den Rechtserfolg des Geschäftes unmittelbar will, für eine psychologisch-korrekte ausgibt. Natürlich ist die Erklärung nur ein „Sekundäres“, nur ein Mittel zum Zweck, also ein nach seiner Bedeutung, nicht nach der Zeitfolge, Sekundäres, aber kein vernünftiger Mensch kann hier, wie sonst, den Zweck ohne das unvermeidliche Mittel direkt wollen, sondern, was er will, ist immer: 1) Entstehung des Mittels, 2) Erzeugung des dadurch hervorgerufenen Zwecks durch das Mittel und nach dessen Entstehung.

Vertragswirkungen entstehen können, der Kündigung, — schiebt sich noch zwischen Erklärungsakt und Geschäftswirkung der Erfolg einer Ankunft der Erklärung bei dem, an den sie gerichtet ist, als eine unumgängliche Voraussetzung des Erfolges ein¹⁾).

Will man also den Vorgang des Rechtsgeschäftes unter das Mikroskop philosophischer Beobachtungen stellen, so darf man nicht einige wichtige Glieder in der Kette der Ereignisse übersehen und denjenigen Erfolg des Geschäftsaktes einen unmittelbaren nennen, welcher nur ein mittelbarer sein kann²⁾. Wollten wir also die Behauptung, dass sich die Geschäftswirkung nach dem Inhalte der auf den unmittelbaren Erfolg der Erklärung gerichteten Absicht bestimme, beim Worte nehmen, so würden wir bei „Musterparteien“ zu dem Ergebnisse kommen, dass die Vertragswirkung nicht vom wahren Willen abhängt, sondern von dem wahrnehmbaren Inhalte der Erklärung, deren Mitteilung das unmittelbare Ziel der Erklärung ist, und von seinen gesetzlich vorgeschriebenen Ergänzungen.

So hat denn der Verfasser sich selbst³⁾ in psychologische Erörterungen vertieft, um eine ungeeignete Verwendung der Psychologie auf dem Rechtsgebiete zu bekämpfen. Der Leser möge hieraus nehmen, dass es mit seiner angeblichen Feindseligkeit gegen philosophische Erörterungen auf dem Rechtsgebiete nicht so schlimm stehen kann, wie ihm seine Gegner vorgeworfen haben.

b) Legislatorische Erwägungen⁴⁾.

§ 5.

Die bisher angefochtene Meinung kämpfte auch mit legislatorischen Hilfsmitteln, und obwohl ihr gerade hier die empfind-

¹⁾ Vgl. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 335, 336; Bekker, KrVJSchr. Bd. 22 S. 43.

²⁾ Zitelmann hat übrigens an anderer Stelle den wahren Sachverhalt ganz klar hervorgehoben; denn in den Dogm. Jahrbüchern Bd. 16 S. 363 bemerkt er ganz richtig, dass das Wollen der Erklärung ein unmittelbares, das Wollen des Erfolges ein mittelbares sei.

³⁾ Schon in der ersten Auflage.

⁴⁾ Vgl. des Verf. Schrift: Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1889 S. 57 ff. (Gutachten des XX. Deutschen Juristentags III S. 22 ff.).

lichsten Wunden geschlagen worden waren, so hatte sie doch nicht das Feld geräumt.

Heutzutage braucht man nicht mehr den legislatorischen Gründen einen Eingang in das Rechtsgebiet, welcher ihnen wiederholt verweigert worden war¹⁾, zu erkämpfen.

Bekker²⁾ hatte behauptet, dass das Recht als historische Schöpfung einer Herleitung „aus Gründen“ überhaupt nicht fähig sei und hatte deshalb gelegentlich eine aus legislatorischen Erwägungen geschene Argumentation als eine prinzipiell „naturrechtliche“ bezeichnet³⁾.

Die Naturrechtsschule ging allerdings vielfach davon aus, dass das eigentliche Recht ein einziges, einheitliches, nicht nach Zeit und Ort verschiedenes sei, dass es aus der Vernunft oder, wie andere behaupteten, aus der Zweckmässigkeit herzuleiten sei und dass daher die positiven Satzungen nur insoweit gelten, als sie in dieser Weise gerechtfertigt werden können. Daher nannte sie diejenigen Gesetze, welche ihr nicht gefielen, nicht bloss ein der Abschaffung bedürftiges Recht, sondern geradezu Unrecht⁴⁾.

Diesen Irrtum beseitigt und auf die Geschichte als die Erzeugerin und das Erklärungsmittel des Rechts verwiesen zu haben ist das unsterbliche Verdienst der geschichtlichen Schule. Wenn wir ihr aber hierin unbedingt folgen, so machen wir die Bemerkung, dass eine Menge gegenwärtiger, wie älterer Rechtsätze aus ihrem Wortlaut allein nicht verstanden werden kann.

¹⁾ In diesem Punkte hat sich die Sachlage seit der ersten Auflage sehr geändert.

²⁾ Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880 S. 14 ff. Dass dieser Bemerkung eine berechtigte Rüge der üblichen Konfusion zwischen Grund und Zweck zugrunde liegt, ist zweifellos.

³⁾ KrVJSchr. Bd. 22 S. 45.

⁴⁾ Diese Naturrechtsschule ist und bleibt tot. Der Versuch Schlossmanns, sie in seinem „Vertrage“ neu zu beleben, darf um so mehr als gescheitert angesehen werden, als Schlossmann selbst in seinen neueren Schriften durchaus zu der historischen Methode zurückgekehrt ist. Inzwischen ist in der „Lehre vom richtigen Recht“ (Stammler, Berlin 1902) eine neue Erscheinung aufgetreten, welche zwar auf philosophischem Boden steht, aber den im Texte geschilderten Fehler der Naturrechtsschule grundsätzlich vermeidet.

Wir müssen also ihren Sinn¹⁾ feststellen und hierbei verlässt uns oft die Beihilfe der Rechtsquelle. Wir müssen also in solchen Fällen unsere Erkenntnis anderswo herleiten. Dies geschieht nun auch ganz allgemein, und nur darin besteht ein Unterschied, dass die herrschende Meinung, sobald sie tiefer eindringt, auf sogenannte allgemeine Rechtsprinzipien lossteuert, während Ihering neuerdings den Grundsatz proklamiert hat, dass in solchen Fällen nach dem erkennbaren Zwecke der historisch gegebenen Grundsätze zu sehen ist²⁾. Dieser Zweck ist nicht, wie Bekker a. a. O. (S. 17) meint, identisch mit dem historisch zu ermittelnden Grunde des Rechtsschutzes, also der Absicht des Gesetzgebers. Der Zweck des letzteren richtet sich auf den von ihm persönlich gewollten Erfolg des Gesetzes, der Zweck des Rechts auf denjenigen tatsächlichen Erfolg, welchen diejenigen, denen das Gesetz publiziert ist, das sind die Richter und Rechtsuntertanen, aus dem Gesetze herauslesen müssen; denn es ist ihnen mitgeteilt, damit sie es nach solchen Hilfsmitteln auslegen, welche ihnen allein zugänglich sein können³⁾. Hiernach besteht der Zweck der Rechtssätze aus Eigenschaften, die an den Quellen haften, und so wie diese rechtshistorische Erscheinungen sind. Ausserhalb der Rechtsgeschichte existiert er nicht.

Diese beiden Argumentationsarten aus den Rechtsideen

¹⁾ Angesichts einer vielverbreiteten Unklarheit des gegenseitigen Verhältnisses der Begriffe „Sinn“ und „Zweck“ mag hervorgehoben werden, dass der unmittelbare Zweck jeder Erklärung, d. i. Mitteilung, mit der Darlegung des Sinnes identisch ist. Damit ist der Zweck der bloss mitteilenden Erklärungen erschöpft. Solche Erklärungen aber, welche zu Handlungen anregen sollen, nämlich Bitten, Wünsche, Befehle, Gesetze, Vertragserklärungen haben in den hervorzurufenden Handlungen oder Unterlassungen einen weiteren mittelbaren Zweck, welcher, vom Sinne verschieden, doch das hauptsächlichste Interpretationsmittel desselben ist. So mit Recht Regelsberger, Handb. des Handelsrechts Bd. II S. 388 Anm. 8; vgl. hierzu des Verf. allgem. Teil des BGB. S. 49 ff.

²⁾ Man kann also bei der Feststellung des Sinnes der gegebenen Rechtsätze eine dialektische oder rationalistische und eine utilitarische Richtung unterscheiden. Schon Savigny neigte mit Entschiedenheit zu der letzteren hin, was ihm von den Hegelianern sehr mit Unrecht vorgeworfen ist (vgl. Lassalle, System der erworbenen Rechte Teil I S. 15 Anm. 2).

³⁾ Das gleiche gilt analog auch von dem Gewohnheitsrechte.

einerseits und aus dem Zwecke andererseits sind übrigens grundsätzlich nicht verschieden; denn wirklich brauchbare Rechtsideen sind nur solche, welche sich schliesslich als zweckmässig erweisen, sobald man nur auch die höheren ethischen und religiösen Zwecke mit in Betracht zieht¹⁾. Wenn also der Verfasser im Anschlusse an Iherings bekanntes Werk meint, dass man den Sinn zweifelhafter Rechtssätze direkt aus dem Zwecke, nicht aber aus allgemeinen Prinzipien ableiten soll²⁾, so geschieht dies hauptsächlich deshalb, weil „der gerade Weg der beste ist“, also vorwiegend aus methodologischen Gründen³⁾. Auf dem Umwege, welchen die Erklärung des Rechts durch ad hoc geschaffene allgemeine Rechtsideen neuerdings einzuschlagen liebt, kann man sich leicht verirren oder auf halbem Wege stehen bleiben, indem man an die Stelle einer zu erläuternden Vorschrift lediglich einen allgemeineren Satz stellt, der selbst wieder der Erklärung bedarf⁴⁾. Einen festen Boden gewinnt man auch bei jeder Argumentation aus der „Vernunft“ immer erst dann, wenn man sich durch die selbstgeschaffenen allgemeinen Sätze endlich bis zu den wirklichen rechts-

¹⁾ Sehr mit Recht bemerkt Dr. Paul Cauer, Die Entstehung der Moral, Leipzig 1881 S. 15, bei der durchaus gleichartigen Frage nach der Begründung der Moral, dass sich der Intuitionismus, d. h. das Argumentieren aus inneren Idealen, sobald man ihn psychologisch zergliedert, von selbst in den Utilitarianismus auflöst.

²⁾ Wenn man also dem Zwecke im Rechte die „Vernunft“ im Rechte entgegengestellt hat, so lässt sich erwidern, dass Zweck und Vernunft keine Gegensätze sind. Dies gilt auch gegen die Ausführungen Sokolowskis in seiner „Philosophie im Privatrecht“ Halle 1902 S. 1 ff. Selbst die grössten Philosophen stehen in Abhängigkeit von dem Zweckgedanken ihrer Zeit.

³⁾ Dass schon Plato den Zweck als den Schöpfer des Rechts in seinem Theaetet in klarer Weise anerkannt hat, darüber vgl. Lassalle, System der erworbenen Rechte Teil I S. 9, nur darf der Zweck nicht anders ermittelt werden als innerhalb der Entwicklungsreihen, die ihn aus sich heraus geboren haben.

⁴⁾ So bleibt, wenn man sagt, der Besitz erkläre sich aus der Persönlichkeit, die Frage offen, warum das Recht denn die Persönlichkeit gerade in dieser Weise schütze und wie weit. Wenn man den Satz: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest* aus der subsidiären Natur des Intestaterbrechts erklärt, so bleibt fraglich, warum denn das Recht diesem eine bloss subsidiäre Natur verleihe usw.

geschichtlich begründeten, der Beobachtung zugänglichen Bedürfnissen des einzelnen und der Allgemeinheit durchgearbeitet und in ihnen den Zweck des Rechtssatzes gefunden hat; denn aus dem Zusammentreffen der Einzelbedürfnisse mit dem Schutzgewährungsbedürfnisse der Staatslenker entstehen die Rechtssätze innerhalb des geschichtlichen Entwicklungsganges¹⁾. Da liegt es denn doch näher, direkt auf den erkennbaren Zweck der Rechtssätze loszugehen²⁾, d. h. die Frage zu stellen, welche Nachteile die Aufhebung des Rechtssatzes haben würde und so aus dem vermutlichen Zwecke³⁾ des Rechtes zu dem Sinne

¹⁾ Vgl. des Verf. Institutionen, Leipzig 1894 S. 7, 8.

²⁾ Man könnte meinen, das Argumentieren aus den Zwecken des Rechtes enthalte einen Rückfall in die alte Meinung, dass für den einzelnen das Sittliche das Zweckmässigste sei. Dies würde irrig sein; denn die Zwecke des Rechtes sind vornehmlich Zwecke der Allgemeinheit (vgl. Ihering, Schmollers Jahrb. der Gesetzgebung Bd. VII S. 4 ff.). Man halte dieses nicht etwa für Sozialismus. Niemand ist vielmehr nach der Meinung des Verfassers in höherem Grade daran interessiert, dass kein Sozialismus, sondern — mit unvermeidlichen Modifikationen — das altbewährte Privatrechtssystem fortherrsche, als die Allgemeinheit. Sie würde bei einer Änderung desselben noch weit mehr leiden als der einzelne.

³⁾ Die Annahme einer Zweckmässigkeit des Rechtes als eines menschlichen Geisteserzeugnisses ist völlig unabhängig von der teleologischen Betrachtung der Natur, mit welcher sie vielfach zusammen vorgetragen wird. Man kann die letztere ablehnen und muss doch die erstere zugestehen. — Grund und Zweck des Gesetzes sind überhaupt keine eigentlichen Gegensätze; denn wenn man bei Geistesprodukten, welche nicht als Ergebnis einer Deduktion nach Art der Urteilsgründe oder Rechenexempel entstehen, sondern reale Ziele verfolgen, von Gründen spricht, so kann man darunter nur den Zweck oder Erwägungen, welche die Wahl des Zweckes und der Mittel rechtfertigen, meinen. Wenn man sich einer pedantischen Genauigkeit befleißigen wollte, so dürfte man bei historischen Erzeugnissen, wie es die Rechtssätze sind, überhaupt nicht von Gründen, sondern müsste von Ursachen oder Zwecken reden. Allein: in verbis simus faciles. Man nennt diese Ursachen und Zwecke nun einmal Gründe, und dabei mag es verbleiben. Nur muss man die Vorstellung, nach welcher sich die Geschichtseignisse und Naturerscheinungen nicht bloss beobachten, sondern aus logischen Obersätzen deduzieren lassen, aufgeben. Man weiss längst, dass diese logischen Obersätze immer erst ad hoc so eingerichtet zu werden pflegen, dass man daraus nachher dasjenige, was man vorher schon wusste, herleiten kann. Derartige „Gründe“ werden von der neueren Philosophie, Geschichtswissenschaft und Naturlehre auf das schroffste zurückgewiesen. Auch die Jurisprudenz darf

desselben zu gelangen¹⁾. In der vorliegenden Frage nach den Voraussetzungen des consensus bedarf es freilich dieses Weges nicht, weil die richtig übersetzten Quellen schon nach ihrem Wortlaute eine genügende Auskunft geben, und doch muss auch hier der Begriff der „Rechtserheblichkeit“ des Willens festgestellt werden, wobei wir auf das Zuverlässigkeitsbedürfnis des Verkehrs, wie es auf der höheren Kulturstufe anerkannt wird, als das wichtigste Auslegungsmittel gestossen sind, also auf einen Rechtszweck, der geschichtlich bezeugt ist.

Wohlverstanden gilt aber dies Bedürfnis nur als Auslegungsmittel und nur für die höhere Kulturstufe, nicht als unmittelbare Rechtsquelle und nicht für alle Zeiten und Völker, denn die Frage, ob der innere Wille gilt oder nicht, unterliegt rechtsgeschichtlichen Wandlungen wie jede andere.

Hierbei verdienen die legislatorischen Ausführungen der Gegner deshalb eine genauere Beachtung, weil es Unwahrscheinlichkeiten gibt, die gross genug sind, um uns zu hindern, dass wir unsern eigenen Augen trauen. So würde auch der Verfasser glauben, bei der Lektüre des corpus juris einer Halluzination

hierin nicht hinter ihrer Zeit zurückbleiben. Über den Einfluss Hegels in diesen Dingen vgl. die Beweisstellen in des Verf. Irrtum als Nichtigkeitsgrund S. 31 Anm. 61 (Verhandlung des 20. Juristentags Bd. III S. 53).

¹⁾ Für ganz unzulässig hält der Verf. die Einteilung der Rechtssätze in positive Normen aus Zweckmässigkeitsgründen und sonstige allgemeine Rechtsvorschriften. Alle wahren Rechtssätze, d. h. diejenigen Sätze, welche sich uns als Rechtsvorschriften und nicht bloss als das Resultat einer logischen Deduktion aus Rechtssätzen darstellen (was freilich bei den Sätzen des corpus iuris in ihrer überwältigenden Mehrheit der Fall ist), sind positiv und zweckmässig zugleich. Der Satz, dass Verträge binden, ist nicht minder positiv und zweckmässig als seine Ausnahmen. Man berufe sich hiergegen nicht auf die l. 16 dig. de legibus 1, 3. Dort steht nur, dass, wenn erst einmal eine allgemeine Regel gilt, spätere Ausnahmen nur aus Zweckmässigkeitsgründen eingeführt werden. So ausdrücklich auch l. 2 dig. de constit. princ. 1, 4. Damit will die lex 16 citata durchaus nicht behaupten, dass nicht auch die allgemeinen Regeln auf Zweckmässigkeitsgründen beruhen. Das Gegenteil sagen ausdrücklich l. 1 § 2 dig. de justitia et jure 1, 2; l. 13 dig. de legibus 1, 3. Vgl. auch Gellius noct. Att. XX, 1 § 22. Die hier angefochtene Ansicht von der Zweiteilung der Rechtssätze in positive und nicht positive wird schon darum über kurz oder lang verschwinden, weil es nicht gelungen ist und nicht gelingen wird, für dieselbe einen brauchbaren Einteilungsgrund zu entdecken.

zu unterliegen, wenn das römische Vertragsrecht, welches durch eine vergleichende Jurisprudenz vieler Jahrhunderte in der Praxis erzeugt ist, wirklich etwas vom legislatorischen Standpunkte so Unbrauchbares enthielte, wie es die unbedingte Berücksichtigung verborgener Willensregungen sein würde¹⁾.

Doch ist den Gegnern zuzugeben, dass ihr Ausgangspunkt unanfechtbar ist. Zitelmann²⁾ meint: „Dem Willen der Person will man Rechnung tragen? Gut, dann soll die Rechtsfolge (innerhalb gewisser Grenzen) nur dann eintreten, wenn die Person sie begehrt“³⁾. Darin liegt ohne Zweifel etwas Richtiges.

In dieser Behauptung ist aber, trotzdem beides streitig: sowohl, ob das Vertragsrecht dem Willen der Person dient, als auch, ob die Vertragslehre der bisher herrschenden Auffassung des römischen Rechts ein zu diesem Zwecke geeignetes Mittel darstellt. Beides ist bestritten worden; jenes von Schlossmann⁴⁾, dieses von Hartmann⁵⁾.

In der Frage, zu welchem Zwecke der Staat nach römischem Rechte die Verträge schützt, lösen sich alle Widersprüche sofort in ein Nichts, sobald man sie nur nicht mitten aus dem Verkehrsleben heraus durch die Beobachtung einzelner Vorfälle⁶⁾ sondern aus der Vogelperspektive des Gesetzgebers, welcher das gesamte Rechtsleben auf einmal überschaut, zu

¹⁾ Zur Feststellung des Vertragsinhalts will niemand solche berücksichtigen, wohl aber zur Feststellung der Nichtigkeit, vgl. Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund S. 14 gegen Unger, Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 673 Anm. 2.

²⁾ Irrtum und Rechtsgeschäft S. 237. Ähnlich Enneccerus.

³⁾ Vgl. hierzu Bekker, KrVJSchr. Bd. 22 S. 45; Bruns in den nachgelassenen Pandektenfragmenten S. 473: „Der Wille ist die eigentliche Substanz, das, was die rechtlichen Folgen begründen soll“. Ebenso S. 453: „Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung, der Wille unmittelbar als solcher schafft sich sein Recht und ist der Grund, warum das Gesetz rechtliche Wirkungen mit dem Geschäft verbindet“.

⁴⁾ Grünhuts Zeitschr. Bd. VII S. 573 ff.

⁵⁾ Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 73—79.

⁶⁾ Mit Recht rügt Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, Wien 1874 S. 90 diese Betrachtungsart, doch ist er selbst nicht gänzlich frei von ihr.

beantworten sucht¹⁾. Man vergegenwärtige sich einen historisch sehr wohl möglichen Urzustand, in welchem nur der rechtliche Besitzstand, nicht aber die Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte staatlich geschützt sind. Man wird wohl auch dort einen Verkehr finden, aber einen sehr schwachen. Diejenigen Kreditgeschäfte des heutigen Verkehrslebens, welche auch heutzutage unterbleiben würden, wenn der Kreditgeber nicht für den Notfall auf die Hilfe der staatlichen Zwangsgewalt rechnete, würden sicherlich fehlen, ja, da jener Urzustand nur mit einer niedrigen Kulturstufe vereinbar sein würde, sogar fast alle. Die Bedürfnisse nach Umsatz der Güter und nach dem Rechnen mit zukünftigen und fremden Waren würden, soweit man sich ihrer überhaupt bewusst werden würde, unbefriedigt bleiben; damit müsste auch das Eigentum durch eine Einschränkung seiner Verwendungsmöglichkeit von geringerem Werte sein, als es jetzt ist, und die Herrschaftsbefugnis der Eigentümer daher von geringerem Umfange, als sie es heute ist. Diesen Zustand werden wir als die Zeit der alleinigen Geltung der Bargeschäfte anzusehen haben.

Da nun diese Übelstände durch eine Einführung des staatlichen Vertragsschutzes für Zusicherungen allmählich beseitigt werden können, so müssen wir in diesem Ziele den Zweck des Vertragsschutzes sehen, der sich tatsächlich aus ähnlichen Zuständen in Rom entwickelt hat. Indem er einen grösseren Umsatz der Waren erst möglich machte, diente er dem Verkehrsbedürfnisse (Verkehrstheorie)²⁾, indem er zwang, das gegebene Wort zu halten, verstärkte er ein Moralgebot, welches selbst wieder in jenem Verkehrsbedürfnisse einen Grund seiner Not-

¹⁾ Vgl. zu dem Folgenden Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 281—318; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878 S. 352—374, 359, 369, 371; Pernice, Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 465—498; Schlossmann, ebenda S. 573 ff.; Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg in Iherings Jahrb. XIX S. 154 ff.; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 73—79. Die nachfolgenden Ausführungen beweisen übrigens, dass der rechtsgeschichtliche Entwicklungsgedanke auch der ersten Auflage dieser Schrift nicht fremd war (vgl. v. Hollander, Die Lehre vom „error“ S. 7, wenn auch v. Hollander zugestanden werden muss, dass das Dargebotene nicht genügt. Im folgenden sind die Forschungen Hollanders benutzt).

²⁾ Vgl. Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts § 104.

wendigkeit hatte (Vertrauenstheorie), zugleich sorgte er für eine Beseitigung der in Verletzung dieses Moralgebietes Einzelnen zugefügten Nachteile (Läsionstheorie) und gewährte endlich den Eigentümern neue Möglichkeiten und Gelegenheiten zur Ausbeutung ihrer Sachen; er steigerte somit den Umfang des den einzelnen zu einer Betätigung ihres Willens gewährten Herrschaftskreises (Willenstheorie)¹⁾.

Wie man mehrere Fliegen mit einer Klappe schlagen kann, so kann auch der Gesetzgeber mehrere Erfolge auf einmal erreichen, namentlich solche, welche so nahe beieinander liegen, wie die angegebenen. Es befriedigt also der Vertragsschutz in der Tat auch das Bedürfnis nach Willensbetätigung des einzelnen, indem er die Staatshilfe im voraus zusichert. Natürlich würde es falsch sein, anzunehmen, dass zuerst der einzelne Wille der Partei den Vertrag schliesse und dann erst der Gesetzgeber ihn sanktioniere, allein ein solcher der Wirklichkeit widersprechender Sachverhalt sollte von keinem Gelehrten alles Ernstes angenommen werden, und wo sich eine derartige individualistische Darstellung des Vertragsrechtes findet²⁾, kann sie bei einer verständigen Auslegung sehr oft nur auf eine eigentümliche Fassung des richtigen Gedankens zurückgeführt³⁾, unmöglich aber beim Worte genommen werden⁴⁾.

¹⁾ Die Polemik Schlossmanns, Vertrag etc. S. 88 ff. (vgl. auch Windscheid, Archiv für ziv. Praxis Bd. 63 S. 77, 78), gegen das Willensdogma vom Standpunkte seiner Läsionstheorie erledigt sich hiernach, sofern man nur das Willensdogma richtig fasst.

²⁾ Vgl. z. B. Bruns in den nachgelassenen Fragmenten S. 453: „Das Rechtsgeschäft ist Willenserklärung, der Wille unmittelbar als solcher schafft sich sein Recht und ist der Grund, warum das Gesetz rechtliche Wirkungen mit dem Geschäft verbindet“.

³⁾ Stintzing bemerkt, KrVJSchr. Bd. 23 S. 510, dass der „Glaube an die Allmacht des menschlichen Willens“ höchstens der „Einfall eines querköpfigen Schriftstellers“ sei und bestreitet, dass es wirklich ein juristisches Dogma geben könne oder gegeben habe, welches verkennt, dass jeder individuelle Wille nur insoweit rechtliche Wirkungen hervorbringen kann, als die Rechtsordnung dies gestattet oder verfügt. Im ganzen mag dies zugegeben werden, doch ist dies falsche „Willensdogma“ nicht so völlig aus der Luft gegriffen; vgl. z. B. Cujacius, opera Neapoli 1758 tom. I pag. 916 A.: Ita nempe pacta justa aestimari, ut juri antecellere dicantur, ut ipsis legibus et jure publico justiora esse existimentur. B. „Factorum igitur aequitas tanta

Dieser Rechtszustand ist nun durch die spätere Berücksichtigung der *verba* neben der *voluntas* nur abgeschwächt, nicht in sein Gegenteil umgekehrt worden. In dem Bedürfnisse der Zuverlässigkeit der Geschäfte fand sie eine Schranke¹⁾.

Das sog. „Willensdogma“ (ohne Wille kein Erfolg) hat aber trotzdem einen wahren Kern; das richtige Willensdogma lautet nämlich: „Der Staat schützt die Rechtsgeschäfte nach dem späteren römischen und dem heutigen Rechte, damit der in ihnen ausgedrückte Wille soviel wie möglich verwirklicht werde“²⁾. Darum lässt er auch die

est, ut hac sola legibus praestare dicantur. Man vgl. hiergegen § 40 *inst. de rerum divisione* II 1 mit dem römischen Satze von der Ungültigkeit des blossen Eigentumsüberlassungsvertrages. — Richtig fasst das Willensdogma unter anderen auch Regelsberger, Handbuch Bd. II S. 399.

⁴⁾ Ähnliche Missverständnisse wiederholen sich bei der Definition des subjektiven Rechts. Wenn man dies als „Willensmacht“ bezeichnet, so pflegt man doch immer ausdrücklich hinzuzufügen, dass nur eine nach dem objektiven Rechte gewährte Macht ein subjektives Recht ist. Wenn Ihering, Geist etc. Teil III 3. Aufl. S. 317 ff., das subjektive Recht als „durch Klage rechtlich geschütztes Interesse“ bezeichnet, wobei das Wort „Interesse“ ein subjektives Begehren (nicht einen objektiven Vorteil) bezeichnen und auch die sogen. höheren oder idealen Interessen mit umfassen soll, so sieht der Verfasser hierin gegenüber der üblichen Definition nur eine allerdings sehr wünschenswerte Erläuterung, nicht aber einen Widerspruch. Die Erfahrung lehrt uns nämlich, dass unser Wille von unsern (höheren und niederen) Interessen, unsern religiösen, sittlichen und wirtschaftlichen Bedürfnissen abhängt und bestimmt wird. Wenn also der Staat unsern Willen schützt, so schützt er damit notwendigerweise auch unsere Interessen und umgekehrt. Der Schutz des einen ohne den Schutz des andern ist undenkbar. Nur wo Bevormundungsverhältnisse vorliegen, ist die Willensbetätigung nicht in der Hand des Berechtigten. Hier scheint es, als ob dessen subjektive Interessen überhaupt nicht zur Geltung kommen, sondern nur die objektiven, d. h. nicht seine Wünsche, sondern seine Bedürfnisse, dass also nicht geschieht, was der Berechtigte will, sondern, was für ihn vorteilhaft zu sein scheint. So die erste Auflage. Jetzt nimmt aber der Verfasser an, dass ein pflichttreuer Vormund alle solche individuelle Wünsche des Mündels zu berücksichtigen hat, die ihm nicht unvernünftig zu sein scheinen. Im rein sozialistischen Staate würde diese Bevormundung die Regel sein. Ihr Vorhandensein verträgt sich bei uns mit der Regel sehr wohl.

¹⁾ Vgl. v. Hollander a. a. O. S. 15 ff.

²⁾ Der Verfasser weist darauf hin, dass er sich hiernach schon in der ersten Auflage als Anhänger eines gemässigten Willensdogmas bekannt hat,

Geschäfte der Personen schutzlos, wenn ihre Willensbetätigungen ihm wegen der Unzulänglichkeit ihres Geistesvermögens unerwünscht sind¹⁾.

Aus diesem Satze darf und kann man aber nicht folgern, dass der Staat Vertragsverhandlungen, deren Inhalt von einem Teile nicht gewollt sei, nicht schützen könne. Daraus, dass der Staat den Privatwillen schützt, folgt nun und nimmermehr, dass er nicht auch ungewollte neben den gewollten Erklärungen ebenso wie andere Tatsachen, sofern es ihm geboten erscheint, wirken lassen kann. Die beiden Sätze: „Der Vertragswille erzeugt gewisse Wirkungen“ und „In gewissen Fällen erzeugt auch die blosse Abrede gewisse Wirkungen“ vertragen sich vortrefflich miteinander. Das nicht modifizierte Willensdogma ist hiernach die Zusammenfassung der folgenden Rechtsvorschriften in einem Satz:

1. Ohne einen gewollten Erklärungsakt kann keine Vertragspflicht entstehen.
2. Es kommt nicht auf den Wortlaut der Verträge, sondern auf den Sinn an.
3. Mehrdeutige Verträge sind, sofern sie nicht nach einem übereinstimmenden inneren Willen ergänzt werden können, nichtig.
4. Aus der Nichtübereinstimmung des Sinnes der Vertragserklärungen (Dissensus) folgt die Nichtigkeit des Vertrages, ebenso aus dem Ausfalle einer Vertragsbedingung.
5. Bei einem beiderseitigen Irrtume über einen Punkt, welchen beide Parteien für eine unerlässliche Vorbedingung des Vertrages hielten, ist dieser kraftlos²⁾.

Diese fünf Punkte müssen sogar in der zweiten Auflage noch durch zwei wichtige neue Zusätze ergänzt werden:

6. Eine ihrem Inhalte nach nicht gewollte Erklärung oder

nicht als sein Gegner. In seiner Ergänzungsschrift: „Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund, Berlin 1889, tritt freilich dieser Gesichtspunkt mehr zurück, vgl. oben S. 19 Anm. 2.

¹⁾ So mit Recht Bruns a. a. O. S. 474.

²⁾ Dass die Sätze sowohl aus dem Konsensbegriffe als auch aus ausdrücklichen Zeugnissen der Quellen folgen, wird unten erwiesen werden. Sie enthalten die Quintessenz der Irrtumslehre des Verfassers.

Willensäußerung kann nur dann ausnahmsweise gültig sein, wenn die Zuverlässigkeit des Geschäfts es erfordert. Sie gilt daher z. B. nicht bei Mahnungen, deren Empfänger kein Interesse hat, den Gegner an seinem Worte festzuhalten und ebensowenig bei der Annahme eines Schenkungsversprechens¹⁾.

7. Die Fälle, in denen ein Geschäft wegen Irrtums nichtig ist, sind durch Vorschriften zu ergänzen, die aus Mitleid dem Irrenden Anfechtungsrechte geben, so dass ausnahmsweise ein abweichender innerer Wille den erklärten vernichten kann²⁾.

Wer aber aus dem richtigen Willensdogma auch noch folgern will, dass eine zweifellose Vertragserklärung wegen verborgenen abweichenden Willens einer Partei unverbindlich ist ohne Rücksicht auf die Zuverlässigkeit des Geschäftsverkehrs, hat den Sinn des Dogmas missverstanden. Gerade das richtig gefasste Willensdogma lässt diese Meinung als verwerflich erscheinen. Wenn wirklich der Vertragsschutz dem Privatwillen ein Feld seiner Betätigung zusichert und schafft, so müssen ihm alle diejenigen Rechtsgrundsätze widersprechen, welche dies Gebiet einengen. Eine solche Verkümmern dieses Gebietes ist aber in der Tat eine Meinung, nach der es jeder Partei möglich ist, vor dem Vertragsschlusse durch scheinbar unbefangene Äusserungen gegen Dritte den Nichtigkeitsbeweis im voraus zu sichern, um dann, wenn ihm das Geschäft nachträglich unvorteilhaft erscheint, wegen mangelnden Willens zurücktreten zu können. Würde die Praxis dies gestatten³⁾,

¹⁾ Also auch niemals bei Okkupationen und dgl. Geschäften, ebenso wenig bei der Annahme von Schenkungen oder bei Mahnungen, überhaupt also niemals da, wo das Bedürfnis eines Vertrauens auf den Inhalt der Äusserung nicht vorliegt. Die sogen. Erklärungstheorie kann sich daher nur auf die vertrauensbedürftigen Äusserungen erstrecken.

²⁾ Dieses vom Verfasser in seinem Juristentagsgutachten ausgesprochene Postulat (Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund S. 65 ff., S. 80, Verhandlungen III S. 87 ff., 92, ebenso v. Hollander a. a. O. S. 145 ff.) ist durch § 119 BGB. befriedigt worden, freilich nicht in so einfacher Weise, wie es der Verfasser gewünscht hatte.

³⁾ Darüber, dass sie es nicht tut, vgl. Bekker, KrVJSchr. Bd. 22 S. 49—52.

so würde der Wert des Instituts der Rechtsgeschäfte gemindert werden und der wahre Wille von Privatpersonen aus einem doppelten Grunde in vielen Fällen nicht zur Geltung kommen, in welchem er nach der richtigen Ansicht gilt: einmal in den Fällen, in welchen die Parteien ihren wahren Willen durch solche dolose Machinationen mit Erfolg würden entstellen können, und zweitens in den andern Fällen, in welchen redliche Kontrahenten den Abschluss eines Rechtsgeschäfts nicht mehr wagen würden, weil sie dolose Machinationen dieser Art von der Gegenseite befürchten. Die Herrschaft des Parteiwillens im Rechtsverkehr würde also abgeschwächt werden.

Nach der Meinung des Verfassers kann es freilich auch dahin kommen, dass in einzelnen Fällen der Parteiwille nicht zur Geltung kommt, nämlich dann, wenn ihm die Erklärung nach ihrem Sinne oder dem sonstigen zugleich mit der Erklärung erkennbar gewordenen Willen nicht entspricht und wenn das Verkehrsinteresse die Hervorkehrung des innern Willens gestattet. Allein dies würde ja auch nach der angefochtenen Meinung ganz ebenso der Fall sein. Diese schützt also den wirklichen Willen um nichts mehr als die richtige Ansicht sondern weniger. Beide weichen nur in solchen Fällen voneinander ab, in welchen ein wirklicher innerer Wille fehlt, ohne dass der vertrauensbedürftige Gegner dies entdecken kann. Hier schützt die Ansicht des Verfassers wenigstens den Willen der einen Partei, die von ihm angefochtene Meinung aber keinen von beiden Willen.

Man kann daher die herrschende Meinung weit weniger Willenstheorie nennen als „Mitleidstheorie“, denn ihr Motiv ist dasselbe Mitleid, dessen Sentimentalität in den byzantinischen Konstitutionen¹⁾ den armen Schuldner auf Kosten des Verkehrs-

¹⁾ Bekanntlich bestand das Hauptverdienst des Handelsgesetzbuchs in einem energischen Streichen aller dieser mattherzigen Kodexbestimmungen. Vgl. v. Ihering, Der Kampf ums Recht 4. Aufl. S. 80, über „despotische Milde“. — Das Mitleid ist ein Kennzeichen auch unserer modernen Jurisprudenz, wie es sich in der Strafrechtspflege namentlich zeigt, und zwar ein sehr schönes, welches wir mit der Hartherzigkeit früherer Zeiten zu vertauschen keine Veranlassung haben. Wir müssen uns aber; da wir diese

lebens überall bevorzugt. Ihre Wirkung ist daher ein Schutz des Unvorsichtigen auf Kosten seines redlichen Mitkontrahenten¹⁾.

Es soll damit aber nicht etwa das Mitleidsgefühl, auf dem diese Ansicht beruht, getadelt werden, sondern nur die Einseitigkeit des Mitleids gegenüber dem Irrenden, während der Geschäftsgenosse, den die Aufklärung des Irrtums enttäuscht, doch jedenfalls Mitleid verdient²⁾.

Endlich hat man vom legislatorischen Standpunkte mit der Waffe der Analogie gekämpft. Weil im Strafrechte³⁾ die Beschaffenheit des Vorsatzes die Rechtswirkung bestimme, so werde das Gleiche auch bei den Rechtsgeschäften der Fall

unsere Schwäche nun einmal kennen, hüten, in dieser Hinsicht zu weit zu gehen, und namentlich darauf achten, dass wir nicht auf fremde Kosten mitleidig sind, denn die Gnade, „welche den Mord verzeiht, mordet selbst“. So ist eine Begünstigung des unvorsichtigen Kontrahenten auf Kosten des Vorsichtigen eine recht bedenkliche Form der Mitleidsbetätigung. — Selbst Hartmann scheint mir in seinen Konzessionen an die herrschende Meinung (dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 3, 42 Anm. 27) etwas weit zu gehen. In ähnlichem Sinne äussert sich Demelius, Grünhuts Ztschr. Bd. IX S. 322 Anm. 8. Die Ausnahmen, welche diese Schriftsteller im Interesse der Billigkeit zulassen, sind übrigens mit der Meinung des Verfassers vereinbar, namentlich in der abgeschwächten Form, die ihr die zweite Auflage gegeben hat.

¹⁾ Vgl. auch Bekker, KrVJSchr. Bd. 22 S. 52. „Die Rechtsordnung dient dem Egoismus, aber nicht dem rohen ungezügelten, der zum bellum omnium contra omnes hintreibt, sondern dem vernünftigen, dem Urquell der Gesellschafts- und Staatenbildung“. Ähnlich Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 2. „Wir lassen die Vorsichtigen und Besonnenen im Handel und Wandel den Schaden tragen, damit nur ja die Unvorsichtigen und Unbesonnenen, welche ihn veranlassten, davon frei bleiben“ (nämlich, wenn wir der von Hartmann angefochtenen Ansicht huldigen).

²⁾ Diesen Zusatz der zweiten Auflage verdankt der Verfasser der Anregung Mandrys (Arch. für ziv. Praxis Bd. LXVI S. 480 ff.), vgl. dazu: Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund S. 65 ff. (Gutachten des 20. Juristentags Bd. III S. 87 ff.). Dort trug der Verfasser dem Mitleide mit dem Irrenden Rechnung, indem er ihm ein Anfechtungsrecht zusprach, aber mit Entschädigungspflicht. So jetzt auch das BGB. in §§ 119 ff., dessen Mittellinie zwischen der Rücksicht auf die entgegengesetzten Parteiinteressen sich aber leider stark im Zickzack bewegt und hätte einfacher gestaltet werden sollen (vgl. Der Irrtum als Nichtigkeitsgrund S. 80 und des Verf. allgem. Teil des BGB., Berlin 1900 S. 481 ff. und unten § 33).

³⁾ Vgl. Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 357 ff.

sein, und weil bei Testamenten der wahre innere Wille entscheide, so müsse ein Gleiches bei Verträgen gelten. Hier übersehe man nicht, dass im Rechtsgebiete wie überall eine Analogie nicht bei allen Dingen möglich ist, welche irgendwie einander ähnlich sind, sondern nur da, wo die Ähnlichkeit in demjenigen Punkte liegt, auf welches es eben ankommt¹⁾. In legislatorischen Fragen wird also die Analogie zwischen zwei Gesetzesbestimmungen nur da möglich sein, wo beide gleiche Ziele verfolgen. Dies ist nun hinsichtlich der Bestrafung von Delikten und des Schutzes von Rechtsgeschäften schlechterdings nicht der Fall. Während das Recht Delikte mit Wirkungen versieht, um sie zu verhindern, stattet es die Geschäfte des Verkehrs mit rechtlichen Folgen aus, um sie zu begünstigen. Die Wirkungen beider Arten rechtlicher Akte können also schlechterdings nicht über einen Leisten geschlagen werden²⁾.

Näher liegt freilich die Analogie der Testamente: Da es bei den Testamenten nicht auf den Schein ankomme, welchen die Erklärung bei ihrer Abgabe in einer bestimmten Person erwecken musste, sondern auch auf den bei anderer Gelegenheit hervorgetretenen Willen des Testators — was der Verfasser durchaus nicht bestreitet³⁾ —, so müsse es bei Verträgen sich ebenso mit dem wahren Willen der Kontrahenten verhalten. Hierbei vergesse man zunächst nicht, dass, wenn auch Verträge und Testamente unter den gemeinsamen Begriff des Rechtsgeschäftes fallen, sie darum allein noch nicht schlechterdings in allen Beziehungen gleichen Rechtsgrundsätzen unterliegen müssen. Es ist eben etwas anderes, ob man

¹⁾ Ulpian meint in der l. 13 dig. de legibus 1, 3: Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum inductum est, bona occasio est, cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri. Selten ist ein Spruch so missachtet worden wie dieser. Darauf beruht der Ausdruck „rechtsähnlich“ in dem beseitigten § 1 des 1. Entw. d. BGB.

²⁾ Vgl. übrigens auch Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 461.

³⁾ v. Hollander will auch hier die Erklärung gelten lassen, weil er jedes hervortretende Willenssymptom „Erklärung“ nennt. Vgl. oben S. 19 Anm. 2.

als souveräner Herr seines Vermögens für den Todesfall verfügt, oder ob man sich mit einem andern durch gegenseitiges Entgegenkommen über eine für beide bindende Norm einigt, die sofortige Beachtung verlangt. Trotzdem führt aber auch hier die Analogie des Testamentes, wenn man sie richtig verwendet, zu zutreffenden Ergebnissen. Beiden Geschäftsarten, den Testamenten und Verträgen, ist es gemeinsam, dass der gar nicht nachweisbare innere Wille sicherlich unberücksichtigt bleibt und dass es bei ihnen nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinn der Erklärungen ankommt, d. h. auf den Willen des Erklärenden, welchen ein anderer, dem die Erklärung bestimmt ist, aus ihr entnehmen muss. Der praktische Unterschied beider folgt nun lediglich daraus, dass die Testamentserklärung eine an alle gerichtete Erklärung ist, während die Vertragserklärung sich nur an eine bestimmte Person kehrt¹⁾. Die erstere ist daher nicht von einem bestimmten, sondern von jedem möglichen Standpunkte aus zu interpretieren²⁾. Dazu kommt noch, dass die Vertragserklärung von dem, an den sie sich richtet, zugleich ausgelegt werden will, das Testament aber erst später.

Ein jeder innerer Wille des Testators, welcher also für irgend jemand bei dem Erbfolge erkennbar und nachweisbar ist, muss hiernach bei der Auslegung des Testaments berücksichtigt werden, während bei der Vertragserklärung, insoweit sie einer Zuverlässigkeit bedarf, nur ein solcher Wille, welcher dem Mitkontrahenten erkennbar war, in der Erklärung mitenthalten oder bei ihrer Deutung zu beachten ist (§ 133 BGB.), ein nicht erkennbarer aber ihrem Sinne fern bleibt. So kann es also wohl leichter bei Verträgen als bei Testamenten dahin

¹⁾ Diese durchgreifende Unterscheidung von Erklärungen ist inzwischen vom BGB. anerkannt worden; vgl. §§ 117, 130 BGB.

²⁾ Auch bei Testamenten konnte man nach röm. Rechte Interpretationsmittel, die nicht schon bei dem Erbfolge vorlagen, nicht beachten, sonst hätte man die Verfügung nicht ausführen können. Später entdeckte Symptome einer vom erklärten Willen abweichenden Absicht des Erblassers hätten nur als Resolutivbedingungen die Verfügung vernichten können. Solche gab es aber bei Erbeinsetzung gar nicht (semel heres, semper heres), darum half man sich hier mit restitutiones in integrum oder Indignitätsgesichtspunkten. Das Nähere gehört nicht hierher.

kommen, dass jemand an eine Erklärung gebunden ist, deren Inhalt ihm nachweislich unerwünscht war. Es ist dies aber nicht eine Sonderbestimmung für Verträge, sondern das Ergebnis einer richtigen Analogie des Rechts der Testamente¹⁾.

Brunns²⁾ stützt sich ebenfalls auf eine Analogie, weil es sich bei der Frage nach der Gültigkeit ungewollter Erklärungen um zwei miteinander kämpfende legislatorische Prinzipien handele, um die Sicherheit des Verkehrs einerseits und die Erhaltung des Rechts der einzelnen Person andererseits. Die römische Vindikationslehre sei aber ein Beweis dafür, dass die Römer unter Umständen das Verkehrsinteresse dem Einzelinteresse unterordneten. Und in der Tat ist auch in der vorliegenden Schrift angenommen, dass sie es in einigen Fällen getan haben, in welchen das Verkehrsinteresse Gültigkeit, das Einzelinteresse aber Unwirksamkeit verlangt, nämlich bei Erklärungen Handlungsunfähiger, bei Erklärungen in bewusstlosen Zuständen und bei Erklärungsworten, die an einen Adressaten gelangen, an welchen sie nicht gerichtet sind, endlich überall da, wo kein Zuverlässigkeitsbedürfnis die Partei an ihr Wort bindet. Dass jedoch die Rücksicht der Römer auf das Einzelinteresse so weit gegangen ist, wie es die herrschende Meinung glaubt, dafür spricht die Analogie des Vindikationsrechtes nicht. Bei diesem fiel gegen das Verkehrsinteresse das Bedürfnis des Eigentumsschutzes in die Wagschale und liess sie zugunsten des letzteren, eines Hauptzieles des Privatrechts, sinken. Auch bei unserer Frage liegt das Verkehrsinteresse in der einen Wagschale, in der andern aber nur das oben dargestellte Mitleid gegenüber unvorsichtigen Kontrahenten, das man mit dem staatlichen Interesse an dem Schutze des Eigentums nicht auf eine Linie stellen kann.

Wir sahen also, dass alle legislatorischen Gründe der herrschenden Meinung sich bei näherer Betrachtung gegen sie selbst kehrten, können aber das Gebiet dieser Erwägungen nicht verlassen, ohne der Meinung vorzubeugen, dass die praktische Bedeutung der verfochtenen Ansicht keine sehr grosse

¹⁾ A. M. Schlossmann, Vertrag S. 93 ff.; vgl. auch Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 50 ff.

²⁾ Pandektenfragmente S. 475.

sei. Es handle sich ja nur um die seltenen Fälle, in denen nachweislich der innere Wille von dem Sinne abweiche und auch hier sei die herrschende Meinung zu Konzessionen bereit. Der Wert dieser letzten soll auch nicht unterschätzt werden¹⁾.

Man unterschätze jedoch die Gefährlichkeit der hier bekämpften Ansicht nicht. Die Fälle, in welchen sich eine Partei in einem verborgenen wesentlichen Irrtume befindet, mögen vielleicht selten sein²⁾, man darf jedoch nicht glauben, dass sich in ihrer Entscheidung die Bedeutung der vorliegenden Frage erschöpft. Die angefochtene Lehre, welche die Gültigkeit der Geschäfte von einem innern psychologischen Vorgange abhängig macht und diesen Vorgang zur Gültigkeitsbedingung stempelt, gab von vornherein einem ganzen Zweige unseres Rechtslebens, der sich auf dem sonnenhellen Markte des Lebens bewegt, einen düstern metaphysischen Anstrich, erweckte in dem Lernenden eine ganz falsche Vorstellung von den Aufgaben der Jurisprudenz³⁾ und veranlasste den Dogmatiker wie den Praktiker zu unnötigen Selbstquälereien und zu der Abfassung abstruser und schwer verständlicher Urteilsgründe. Der Verfasser sprach aus eigener Erfahrung⁴⁾. Er

¹⁾ Die Annahme Zitelmanns, dass der Richter den angeblichen Grundsatz des Rechtes von der Erheblichkeit des verborgenen Willensmangels in der praktischen Durchführung abschwächen solle, wurde zurückgewiesen von Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. XX S. 22 ff., als Annahme einer „doppelten Buchführung des Rechts“, d. h. der Statuierung von Rechtssätzen, die „an sich“ bloss in der Theorie gelten, neben abweichenden Sätzen, welche ernstlich angewendet werden sollen. Ebenso die erste Auflage. Da es jedoch keine Regel ohne Ausnahme gibt, so lassen sich auch solche „doppelte Buchführungen“ nicht immer vermeiden.

²⁾ Dazu kommt noch, dass Windscheid, Arch. Bd. 63 S. 105 den Sinn der Erklärung de lege ferenda wenigstens dann gelten lassen will, wenn seine Abweichung von dem wahren Willen auf einer lata culpa beruht. Vgl. dagegen Pernice, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 25 S. 131. Ebenso wie Windscheid auch der 1. Entw. des BGB., um dessen Beseitigung sich das Gutachten des Verf. für den 20. Juristentag nicht ohne Erfolg bemüht hat.

³⁾ Vgl. gegen die aprioristische Deduktion aus psychologischen Begriffen, welche mit dem Grundgesetze der historischen Schule im Widerspruch steht, namentlich Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 10, 11.

⁴⁾ Es entstanden dann dialektische Spielereien oder jene Ausführungen, von welchen die Mathematiker zu sagen pflegen, dass sie „nicht einmal falsch“ seien, weil sie sich durch ihre Unklarheit der Kritik entziehen.

erinnerte sich der vielfach mühseligen Gedankenarbeit, in der er selbst, der herrschenden Doktrin getreu, in Fällen, in welchen zwei übereinstimmende Erklärungen vorlagen und somit die Gültigkeit eines Vertrages zweifellos war, sich den Kopf darüber zerbrochen hatte, wie er sich wohl den fraglichen inneren Willen mühselig zusammenkonstruieren sollte. Hätte ihm damals jemand aus den Quellen nachgewiesen, dass diese Mühe überflüssig ist, so würde er nicht nur die Leichtigkeit, sondern auch die Richtigkeit seiner Arbeiten erhöht haben.

Das bürgerliche Gesetzbuch hat diesen Übelstand beseitigt, indem es neben dem Erklärungsinhalte nicht mehr einen besonders innern Willen als Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts erfordert. Die Lehre von der Nichtigkeit der Geschäfte wegen Irrtums liegt nunmehr in voller Klarheit vor uns.

Freilich wurde dieser Vorteil mit einem andern Übelstande erkauft. Man hat die Anfechtbarkeit der Geschäfte nicht in der einfachen Weise geregelt, dass man sie dem freien Ermessen des Richters zur Abwägung der widerstreitenden Interessen (etwa nach dem Vorbilde des § 254 BGB.) überliess¹⁾.

Vielmehr glaubte man hier feste gesetzliche Schranken errichten zu müssen, und da die Gesetzgebung in der Anfechtungsfrage von der Wissenschaft völlig im Stich gelassen wurde, so verfiel sie in ihrer Not auf den unglücklichen Gedanken, die Lehre von der Nichtigkeit zum Vorbilde zu nehmen²⁾.

¹⁾ Ein anderweitiger Vereinfachungsantrag wurde aus Rücksicht auf die Rechtssicherheit nicht ohne Grund verworfen; vgl. Prot. VI S. 122.

²⁾ So wurde Vernunft Unsinn, Wohltat Plage. Einige Sätze, die bei der Nichtigkeitsfrage einen guten Gedanken in sich bergen, kehren jetzt bei der Anfechtung wieder, bei der sie keinen Zweck haben. Es sind dies 1) die Gleichgültigkeit der Entschuldbarkeit des Irrtums, die nur durch die Rücksicht auf eine „verständige Würdigung“ des Falles durch die Partei ersetzt wurde (vgl. hierzu Hölder, Zur Theorie der Willenserklärungen S. 25, Festgabe für Degenkolb S. 115), 2) die überflüssige Unterscheidung des Irrtums über den Inhalt der Erklärung von dem Falle, dass jemand diese Erklärung überhaupt nicht abgeben wollte, 3) die Unerheblichkeit des Irrtums in den Beweggründen, die nicht den Inhalt berühren, 4) die Beschränkung der

So ruht denn noch immer auf der Lehre von der Anfechtung der Geschäfte wegen Irrtums ein geheimnisvolles Dunkel, ein Erbstück der älteren Nichtigkeitslehre, der Verwechslung des inneren psychologischen, natürlichen Willens mit dem rechtserheblichen, regelmässig in der Aussenwelt erkennbar gewordenen.

IV. Der Tatbestand des Vertragsschlusses

a) Die mehrfachen Willensäusserungen bei dem Vertragsschlusse¹⁾.

§ 6.

Bei der Zergliederung des Vertragsschlusses lassen sich aus der Bedeutung des Wortes consensus als der rechtserheblichen Beistimmung zu den Festsetzungen der andern Partei vier wichtige Vorfragen der Irrtumslehre mit Sicherheit und nach der Meinung des Verfassers auch in befriedigender Weise beantworten. Wir gewinnen nämlich folgende Sätze:

1. Jede der beiden Vertragserklärungen, soweit sie eine Mitteilung enthält²⁾, ist bis zu ihrem Empfange widerruflich, von da ab unwiderruflich³⁾.
2. Wer kein Einverständnis mit der Äusserung des andern Teils geäussert hat, kann nicht aus einem Vertrage haften.
3. Die simulierten Verträge sind auch Dritten gegenüber unwirksam, sofern sie nicht der Mitteilung ihres Inhaltes an einen Dritten bedürfen⁴⁾.

Entschädigungspflicht auf das negative Interesse. Vor einer Nachahmung dieser Missgriffe kann das gesetzgebungsfreudige Ausland nicht dringend genug gewarnt werden. Näheres soll im zweiten Teile dieser Schrift ausgeführt werden (vgl. unten § 33).

¹⁾ Vgl. des Verfassers allg. Teil des BGB. § 72 und seinen Vortrag in den „Jahrbüchern der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre Bd. III S. 54 ff.“. Diese Arbeit en haben mannigfache Änderungen des Textes der ersten Auflage nötig gemacht.

²⁾ Der Vertragsantrag enthält immer eine Mitteilung, die Annahme nicht immer (§ 151 BGB.).

³⁾ Anerkannt in den §§ 145 ff.

⁴⁾ Wo der Dritte bloss Urkundsperson und nicht auch Kontrollperson ist (§ 152 BGB.), soll diese Einschränkung nicht gelten.

4. Von dem Irrtume aus Zerstretheit gilt nichts anderes, als von einem Irrtume anderer Art¹⁾.

Hierüber näheres:

1. Die Widerruflichkeit der richtungsbedürftigen Erklärungen bis zu ihrem Empfange (§ 130 BGB.) folgt direkt aus dem Konsensbegriffe²⁾. Dieser verlangt, dass die beiden Äusserungen nach ihrem Sinne übereinstimmen. Der Sinn von Mitteilungen, deren Widerruf spätestens mit ihnen zugleich eintritt, ist aber nicht, dass der Absender haften will, sondern dass er es nicht will³⁾. Ist daher eine der beiden Mitteilungen spätestens bei ihrem Eintreffen widerrufen, so ist ein Konsens nicht zustande gekommen⁴⁾. Das Zuverlässigkeitsbedürfnis des Verkehrs verlangt hier eine Haftung nicht.

Hiernach finden wir aus dem erwiesenen Konsensbegriff eine einfache Formel für eine streitige Lehre auf dem Boden der Quellen. In der Tat müssen die Römer Anschauungen, welche allen Streit abschnitten, besessen haben, sonst würden

¹⁾ Anerkannt in der Fassung des § 119 BGB.

²⁾ Die Behauptung, dass der Vertragsantrag als Mandat widerruflich sei, übersieht, dass zu einem Mandatsvertrage zwei gegenseitige Erklärungen gehören. Vgl. auch Göppert in der KrVJSchr. Bd. 14 S. 406.

³⁾ Hier wird zunächst vorausgesetzt, dass auch Nebenäusserungen bei der Deutung der Haupteklärung beachtet werden müssen. Näheres s. § 9.

⁴⁾ Allerdings macht, wie Thöl (Handelsr. 6. Aufl. § 239 Anm. 23 n. 6 S. 749) hervorhebt, die Widerruflichkeit der auf dem Rückwege befindlichen Annahme den Urheber des Vertragsantrages zu dem Spielballe der Spekulation des Absenders. Allein das Recht kann nicht jedes Interesse schützen. Überdies kann sich der Geschädigte nach dem Satze: „Was ich nicht weiss, macht mich nicht heiss“ nicht über das mit ihm getriebene Spiel beklagen. — Mit der Widerruflichkeit der Annahmeerklärung steht es durchaus nicht im Widerspruche, dass, wenn sie erst einmal unwiderrufen angelangt ist, der Vertrag nach der vermutlichen Absicht der Parteien von dem möglichst frühen Augenblicke, also von der Absendung jener Erklärung ab, als verbindlich gelten kann. Das BGB. enthält diesen Satz nicht, womit seine Annahme durch Auslegung im einzelnen Falle nicht ausgeschlossen ist. Dass die in ihren praktischen Konsequenzen so überaus missliche „Vernehmungstheorie“ lediglich aus der oben widerlegten Lehre von der erforderlichen „Übereinstimmung der inneren Willen“ hervorgegangen ist, bedarf wohl keines besonderen Nachweises.

wir in den Texten Spuren der bei uns so lebhaft erörterten Frage der Perfektion der Verträge vorfinden¹⁾.

Das gleiche gilt auch von der Unwiderruflichkeit des von dem Annahmehberechtigten empfangenen Vertragsantrages nach dem Recht des BGB.²⁾ Ein Konsens, d. h. ein Zusammenreffen gegenseitiger, zusammenhängender und übereinstimmender Bestimmungsausserungen liegt auch dann vor, wenn sich zwischen den vollendeten Vertragsantrag und die Annahme ein Widerruf des Antragstellers eingeschoben hat. Dass dieser Widerruf die nachfolgende Annahme im voraus entkräftet³⁾, ist nicht selbstverständlich. Das BGB. hat vielmehr das Gegenteil bestätigt⁴⁾ (§ 145). Damit soll aber keineswegs bestritten werden, dass eine verspätete Zustimmung zu dem Antrage unwirksam ist⁵⁾. Der Antragsteller bindet sich zwar für den Fall der Zustimmung von der andern Seite, aber nicht für den Fall einer Zustimmung zu jeder beliebigen Zeit. Er verlangt zwar bei formlosen Verträgen nicht eine sofortige Antwort, aber er bindet sich nicht für den Fall einer Antwort nach allzu langer Frist. Sein Versprechen ist bedingt durch eine Antwort binnen eines Zeitraumes⁶⁾, welchen er selbst entweder in ausdrücklicher oder in stillschweigender Art bestimmt, d. i. also im

¹⁾ Was Kühn (Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 65 ff.) hiergegen ausführt, kann nicht als überzeugend gelten. Schon das römische Weltreich kannte einen nicht unbedeutenden Geschäftsverkehr unter Abwesenden, allerdings war der Mangel eines Postverkehrs nicht ohne Bedeutung.

²⁾ Dass dieses eine Abänderung des römischen Rechtes enthält, hat der Verfasser inzwischen im Widerspruch mit den Ausführungen der ersten Auflage anerkannt (vgl. den oben S. 129 Anm. 1 angeführten Vortrag). Das römische Recht war aber wohl schon vor dem BGB. durch deutsche Rechtsgewohnheit beseitigt.

³⁾ Gewöhnlich spricht man von einer Entkräftung des Antrags. Dieser Ausdruck ist ungenau, da der Antrag für sich allein kein wahres Recht gibt, das „entkräftet“ werden kann. Er gewährt aber immerhin dem Angeredeten einen rechtlichen Vorteil, der allerdings durch den Widerruf wegfällt.

⁴⁾ Das römische Recht drängte die Empfänger der Vertragsanträge zu sofortigen Entscheidungen, das heutige tut das gleiche nur bei Geschäften unter Anwesenden, die in Rom die Regel bildeten (§ 147 BGB.).

⁵⁾ Nach § 150 gilt sie nur als Antrag.

⁶⁾ Binnen der „Wartezeit“ wie Thöl sie nennt (Handelsr. 6. Aufl. S. 744); vgl. überhaupt Sohm, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 17 S. 16 ff.

Zweifel binnen einer angemessenen Frist¹⁾. Wenn übrigens der Offerent bei dem Ausbleiben der Annahme über die Annahmefrist hinaus sein Anerbieten noch ausdrücklich widerruft, so ist sein Verfahren rücksichtsvoll und darum lobenswert. Notwendig ist es nicht²⁾.

Ob ein Vertragsantrag nur an den Adressaten selbst oder im Falle seines Todes auch an dessen Erben gerichtet sein soll, ist eine reine Frage der Auslegung³⁾.

¹⁾ Wenn neuere Gesetzbücher diese Frist genau fixieren, so wird der Vorteil solcher Anordnung für die Rechtssicherheit durch den Nachteil der Schranken, die sie dem richterlichen Ermessen anlegt, durchaus überboten. Das Reichsoberhandelsgericht hat sich mit Recht nicht allzu strenge an diese Schranken gehalten (Entsch. d. ROHG. vom 18. April 1874 Bd. 13 S. 164). Man kann sie höchstens als Auslegungsregeln gelten lassen, vgl. auch Dernburg, Lehrb. d. preuss. Privatr. § 107 Anm. 9. Das BGB. hat im Sinne dieser Bemerkung eine sehr elastische Bestimmung getroffen (§ 147 BGB.).

²⁾ So jetzt § 146 BGB. (vgl. aber auch § 149). Auch der Auslobende bindet sich nur für den Fall einer Lösung der gestellten Aufgabe. Man behauptet vielfach, die Auslobung sei den Römern unbekannt und erst aus einem unbewiesenen und nach seinem Inhalte ungewissen deutschen Gewohnheitsrechte hervorgegangen. Andererseits bemüht man sich, vereinzelte Spuren dieses Institutes aus der Zeit des Altertums zu sammeln (so z. B. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 17 S. 323 Anm. 1). Es kann dem gegenüber gar nicht dringend genug auf das überaus reichhaltige Material hingewiesen werden, welches in der Inauguraldissertation von Tzschirner: *De indole ac natura promissionis popularis „Auslobung“ quam vocant.*, Berolini 1869, gesammelt ist und die Geltung des Institutes im Altertume ausser jeden Zweifel stellt. Aus der Häufigkeit dieses Versprechens folgt freilich seine Unwiderruflichkeit nicht. Sie ist nach röm. Recht nicht anzunehmen. Jetzt gilt § 658 BGB. Das Popularversprechen ist hiernach leichter widerruflich als das Versprechen an eine bestimmte Person.

³⁾ Ähnlich Regelsberger, Handbuch des Handelsrechtes Bd. 2 S. 442, vgl. auch Schlossmann, Der Vertrag S. 356. Jetzt lässt dies § 153 BGB. bekanntlich ebenso offen, wie § 130 Abs. 2. Bei der in den nächsten Paragraphen geschilderten Auslegungsmethode wird man auch hier sicherlich immer zu angemessenen Ergebnissen gelangen. So meint z. B. der Verfasser, anknüpfend an ein viel erörtertes Beispiel (vgl. z. B. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 17 S. 323), dass jemand, der dem ersten Eroberer einer Kanone eine Belohnung öffentlich verspricht, seine Gabe für den Fall, dass der Eroberer nach geschehener Tat, aber vor erklärter Annahme stirbt, auch seinen Erben anbietet. Es folgt dieser Sinn seiner Erklärung aus deren Zweck, einen Anreiz zu jener Heldentat zu sein; denn dieses Ziel würde nicht voll erreicht werden, wenn der erobungslustige Soldat nicht wüsste, dass die Perfektion des

2. Von einem Konsense kann, wie die Etymologie des Wortes ergibt, nicht die Rede sein, wenn die bindenden Äusserungen sich nicht auf die Erklärung des andern Teils beziehen. Diese gegenseitige Beziehung der Willensäusserungen auf einander ist auch nach der herrschenden Meinung eine Voraussetzung des gültigen Vertrages. Ebenso aber auch ihr Austausch¹⁾. Ein Zusammenkommen (*convenire*) der beiden Kontrahenten zu einer gemeinschaftlichen Abrede liegt dann nicht vor, wenn ich mit meiner Erklärung dem A entgegenkomme und der B, glaubend, dass er gemeint sei, mein Entgegenkommen erwidert. Wenn ich z. B. dem Herrn Müller, Friedrichstr. 1, durch einen Boten eine schriftliche Mietofferte machen lasse und der Bote sich zu Herrn Müller, Friedrichstrasse 11 verirrt, und dieser durch denselben Boten eine Annahmeerklärung an mich sendet, so ist in ihm wohl der irrige Glaube erweckt worden, dass ein Konsens entstanden sei, trotzdem aber ein solcher in keiner Weise vorhanden²⁾. Hier fehlt die

Vertrages durch seinen Tod nicht vereitelt werden kann. Sollte jedoch der Auslobende wirklich beweisen, dass der Verstorbene die Auslobung nicht gekannt hat, so würde er nur dann haften, wenn nach Lage der Sache anzunehmen ist, dass er für diesen Fall die Angehörigen des Helden durch die Gabe unterstützen wollte, also z. B. sicherlich dann nicht, wenn es sich nicht um eine Geldsumme, sondern um einen Ehrensäbel oder dgl. handelte (im übrigen ist die Kenntnis der Auslobung gleichgültig nach § 657 BGB.). — Der übliche Ausdruck: „Passive Vererblichkeit der Offerte“ ist darum nicht recht zutreffend, weil nur Rechte oder eine durch ein Rechtsgeschäft gesicherte *spes debitum iri* in den Quellen als vererblich bezeichnet werden, nicht aber blosse Erwerbseventualitäten, wie sie aus den Vertragsanträgen hervorgehen (vgl. Regelsberger a. a. O. Anm. 34). Immerhin liegt aber auch hier ein vererblicher Rechtsvorteil vor. Zu beachten ist, dass die sog. aktive und passive Vererblichkeit der Vertragsanträge sich in Analogie der erst von Justinian zugelassenen *stipulationes* und *promissiones post mortem* (Inst. III 19 § 13) einbürgern mussten.

¹⁾ Vgl. namentlich v. Savigny, System Bd. 3 S. 308; Regelsberger, Zivilrechtl. Erörterungen, Weimar 1868 S. 4 ff.; Bekker in seinen und Muthers Jahrb. Bd. 2 S. 350; Regelsberger in dem Handbuche des Handelsrechtes Bd. 2 S. 423.

²⁾ Das Anlangen einer Erklärung an eine falsche Adresse und dasjenige einer falschen Erklärung an die richtige sind zwar für den Nichtjuristen sehr ähnliche Fälle, nicht aber sind sie es nach der Vorschrift des Rechtes. A. M. Hölder, KrVJSchr. XIV S. 573.

Richtung des Antrags an den Empfänger¹⁾. Diese Richtung des Erklärungsaktes einer Person an eine andere werden wir definieren müssen als:

Die bewusste Beobachtung eines Verhaltens, infolge dessen ein anderer glauben muss, dass ihm dadurch etwas mitgeteilt werden solle²⁾ oder, um es kurz zusammenzufassen:

Der für den Adressaten erkennbare Anschein eines Mitteilungsaktes, dass er für ihn bestimmt sei.

Eine solche Richtung wird aber, wenigstens im BGB. nur für den Vertragsantrag verlangt, nicht mehr für die Vertragsannahme (§ 151 BGB.).

Man haftet daher z. B. aus einer Erklärung auch dann, wenn man den Erklärungsbrief aus Versehen abgesandt hat und ihn nicht etwa noch rechtzeitig widerruft; denn hier muss der Erklärungsakt dem Absender zugerechnet werden. Auch wenn ich z. B. einen Brief an Herrn Müller, Friedrichstr. 11, statt Friedrichstr. 1 zur Post gebe, so richte ich meine Erklärung an diejenige Person, welche auf dem Briefe bezeichnet ist. Denn nur an diese kann sie gelangen, mag ich sie nun mit einer andern verwechseln oder nicht³⁾.

Aus dem soeben Ausgeführten geht übrigens auch noch weiterhin hervor, dass man aus einer Unterschrift, über welche

¹⁾ Das Erfordernis dieser Richtung bezweifelte Schlossmann, Vertrag S. 65 ff.

²⁾ Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen S. 5, legt hier zuviel Gewicht auf die innere Absicht. Nach der von Regelsberger S. 20 aufgestellten Formel für die Beurteilung von Willenserklärungen wird er wohl in der Sache beistimmen. Nur für den Fall eines nicht auf grober Nachlässigkeit beruhenden Irrtums hält er an der hier angefochtenen Ansicht fest (vgl. jetzt auch seine Ausführungen in Endemanns Handb. Bd. II S. 407 Anm. 11 S. 411).

³⁾ Natürlich darf der auf dem Briefe Genannte den Absender nicht beim Worte nehmen, wenn er merken musste, dass er nicht gemeint war. Die im Text aufgeführte Unterscheidung liegt bekanntlich auch dem BGB. zugrunde, demzufolge man nach Zitelmann (d. Rechtsgesch. im Entw. I S. 22 ff.) empfangsbedürftige (= richtungsbedürftige) und nicht empfangsbedürftige Erklärungen unterscheidet.

durch Fälschung eine Vertragserklärung gesetzt worden ist¹⁾, nicht haftet.

Neuere Schriftsteller meinen freilich, dass redliche Dritte sich auch auf den blossen Schein eines Erklärungsaktes dann berufen dürfen, wenn sie auf dessen Echtheit zu vertrauen Veranlassung hatten²⁾. Von ihrem Standpunkte würde man auch den oben erwähnten Fall der Ankunft einer richtig abgeschickten Erklärung an eine falsche Adresse anders beurteilen müssen, als dies geschehen ist. Man führt für diese Ansicht das Verkehrsinteresse in das Feld. In der Tat ist es namentlich für Personen, welche regelmässig von einer bestimmten Seite her Vertragserklärungen erhalten, eine nicht unbedeutende Gefahr, dass ein äusserlich fehlerloser gefälschter Vertragsantrag sich nachträglich nicht als gültig erweist, nachdem er durch eine Verirrung des Boten oder die Fälschung einer Urkunde eine Hoffnung erweckt hat, welche ihr Urheber nicht beabsichtigte. Allein dieser Grund für die angegebene Ansicht ist zunächst ein lediglich legislatorischer. Unser positives Recht verlangt zwei Willensäusserungen (sententiae³⁾), lässt also bei der Abwägung des Interesses des individuellen Schutzes gegen dasjenige des Verkehrs die Wage zugunsten des ersteren sinken und trifft damit bei der unvermeidlichen

¹⁾ Der Verfasser hält dies auch für das Wechselrecht für richtig und meint, dass selbst ein echter Wechsel, der ohne Verpflichtungsabsicht z. B. zu Unterrichtszielen ausgestellt, demnächst entwendet und schliesslich weitergegeben worden ist, den Aussteller nicht haftbar macht. So mit Recht Windscheid, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 63 S. 80. Es ist dies allerdings zweifelhaft. Man könnte den im Text geäusserten Gedanken dahin fassen: „Der Schein eines Erklärungsaktes trägt immer, der Schein eines Erklärungsinhaltes nicht immer“.

²⁾ Für gewisse Urkunden ist dieses sogar gültiges Recht; vgl. § 794 BGB. und Bär in den Dogm. Jahrb. Bd. XIV S. 413 ff. Der Aussteller eines wider seinen Willen in Kurs gelangten Wechsels haftet dem gutgläubigen Indossatar. Windscheid Bd. 63 S. 80 fragt, warum dann nicht das gleiche auch von dem Träger eines durch Fälschung auf einen Wechsel gesetzten Namens gelte. Vgl. auch daselbst S. 81 einen Bähr nachgewiesenen Widerspruch, und Bekker, KrVJSchr. Bd. 22 S. 56. Es walten hier aber Verkehrsinteressen besonderer Art, die für die Creationstheorie sprechen und nicht verallgemeinert werden können.

³⁾ Vgl. auch Windscheid, Arch. f. ziv. Pr. Bd. 63 S. 79.

Wahl zwischen zwei Übeln eine weise Entscheidung; denn die Gefahr, durch äusserliche tadellose Vertragsanerbietungen getäuscht zu werden, ist schliesslich doch geringer als die andere, unsere Unterschrift zu Fälschungen missbraucht zu sehen oder durch das Versehen eines Boten Schaden zu leiden¹⁾.

3. Ein simulierter Vertrag ist nach dem oben Ausgeführten nur ein solcher, bei welchem die Simulation aus dem Sinne der beiden Äusserungen hervorleuchtet²⁾.

Dass solche Verträge, wenn sie obligatorischer Natur sind, unter den Beteiligten unverbindlich sind, ist alten Rechtes³⁾. Diese Unverbindlichkeit trifft auch redliche dritte Zessionare und ebenso überhaupt redliche Dritte bei simulierten Verträgen mit dinglicher Wirkung, namentlich bei Traditionen⁴⁾. Wir werden hier zwei Gruppen dinglicher Verträge zu unterscheiden haben. Es gibt im neueren Recht Verträge, welche insofern an eine gewisse Form gebunden sind, als sie einem Dritten gegenüber abgegeben werden müssen, der von ihrem Inhalte Kenntnis nimmt und sie feststellt, um jeden Zweifel an ihrer Abgabe auszuschliessen. Hier kann möglicherweise eine Simulation, die unter den Parteien vorliegt, die Geschäftswirkung Dritten gegenüber bestehen lassen, weil dies dem Zwecke der Mitwirkung des Dritten widersprechen würde⁵⁾. Man könnte

¹⁾ Vgl. die überzeugenden Bemerkungen von Windscheid a. a. O. S. 87 ff. und Bruns, Pandektenfragmente S. 475 unten. Der neuerdings so sehr in den Vordergrund gedrückte Schutz des „redlichen Dritten“ kann, wenn man ihm übertreibt, leicht dazu führen, die Unvorsichtigkeit und Unredlichkeit zu befördern. In Wirklichkeit ist der redliche Dritte oft nichts anderes als ein Unredlicher, welchem seine mala fides nicht nachgewiesen werden kann. Vgl. hierzu Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs II 460 ff. Eine ähnliche Frage beschäftigt neuerdings die Gemüter hinsichtlich der Geschäftsabschlüsse der heimlich Geisteskranken; vgl. des Verf. Gutachten im Bankarchiv Bd. V Nr. 13, 1906 S. 153.

²⁾ Leuchtet sie nur aus der einen Äusserung hervor, so gilt diese nicht, und der Vertragsschluss kommt nicht zustande.

³⁾ Vgl. l. 55 dig. de contr. emtr. 18, 1; l. 54 de obl. et. act. 44, 7 est.; l. 2, 4 Cod. plus valere quod agitur 4, 22, c. 20 Cod. de don. inter vir et uz. 5, 16, c. 5 Cod. si quis alteri 4, 50 (und zu der letzten Stelle Kohler in den Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 131).

⁴⁾ Vgl. Kohler in den Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 91—158, 325—356.

⁵⁾ Vgl. hierüber Kohler a. a. O. S. 126. Hierher rechnet man die

nun fragen, ob vielleicht auch die römische Eigentumsübertragung wegen des Erfordernisses des Besitzüberganges zu diesen Formalakten zu rechnen ist¹⁾. Dies wird man verneinen müssen. Wir müssen vielmehr annehmen, dass bei allen andern Verträgen mit dinglicher Wirkung, namentlich auch bei Traditionen, das simulierte Geschäft auch Dritten gegenüber nichtig ist, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, welche ihm, wenigstens nach prätorischem Rechte, eine Wirksamkeit sichern. Dies zeigt sich namentlich bei den simulierten Geschäften nicht betrügerischer Art. Ein solches würde z. B. vorliegen, wenn bei einer Theateraufführung ein Schauspieler seiner Rolle gemäss dem andern einen Gegenstand, z. B. seine Uhr, zum Scheine, als Geschenk übergibt, und dieser das Gegebene annimmt²⁾. Würde dann der Empfänger diese Uhr dem gutgläubigen Theaterrestaurateur etwa für eine Schuld aus genossenen Getränken verpfänden, so würde der letztere nach römischem Rechte ohne weiteres dem Scheintradenten die unterschlagene Sache herausgeben müssen (anders jetzt auf dem Boden des deutschen Rechts §§ 932 ff. BGB.). Gegen diesen Nachteil schützte ihn nach gemeinem Recht nur der Strafrichter. Er durfte auch nicht etwa dem Scheintradenten den Einwand, dass dieser die Verpfändung ermöglicht habe, als *exceptio doli* entgegenstellen; denn niemand braucht ohne weiteres eine Unterschlagung als wahrscheinlich vorherzusehen;

Eintragung eines Erbverzichtes in ein Offenkundigkeitsbuch nach französischem Rechte, die simulierte Eheschliessung vor einem Standesbeamten, auch die simulierte Auflassung nach dem Grundbuchsrechte. Vgl. das Urteil des Oberappellationsgerichtes in Berlin in Seufferts Arch. Bd. XXVI 21; Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. XVI S. 129. Man wird aber auch hier den guten Glauben des Buches gegenüber Dritten von der Wirkung des Geschäfts unter den Parteien unterscheiden müssen. Für die Eheschliessungen vgl. Kipp-Windscheid, Pandekten 8. Aufl. I S. 383, und jetzt Kohler, Lehrb. d. b. R. I S. 490, auch über simulierte Kindesannahme und S. 491 über simulierte Auflassungen.

¹⁾ Den Beweis hierfür und für das eigentliche legislatorische Ziel des Traditionserfordernisses hat der Verfasser in Gruchots Beitr. Bd. 25 S. 200 ff. zu führen gesucht und verweist darauf um Wiederholungen zu vermeiden.

²⁾ Dies würde z. B. eine Simulation ohne culpa sein, wie sie Kohler a. a. O. S. 128 Anm. 2 und Hartmann a. a. O. S. 9 mit Recht für möglich halten (vgl. l. 1 § 2 dig. de dolo malo 4, 3).

sonst würde man schon nach römischem Recht überhaupt nur höchst selten in der Lage gewesen sein, seine Sache einem andern ohne Gefahr zum Gewahrsam zu überlassen¹⁾.

Was hier von den simulierten Traditionen hinsichtlich des dritten Erwerbers gesagt worden ist, dies musste auch nach gemeinem Rechte zuungunsten dritter Zessionare gelten, welche ihr Recht von dem Scheinerwerber aus einem simulierten Versprechen oder einem simulierten Zessionsakte herleiteten. Steckte in der Simulation selbst keine Betrügerei, so konnte der Scheinerwerber durch die Zession der ihm scheinbar gehörenden Forderung keine Rechte begründen; denn nur von solchen Personen konnte man sich Vertragsforderungen abtreten lassen, welche diese aus einem Verträge wirklich erworben hatten²⁾.

¹⁾ Das bekannte deutsche Sprichwort: „Wo du deinen Glauben gelassen hast, da sollst du ihn suchen“ enthält in der Tat eine höchst pessimistische Aufforderung zum Misstrauen.

²⁾ Damit will der Verfasser nicht bestreiten, dass schon nach gemeinem Recht der debitor cessus an einen Scheinzessionar des Gläubigers und an seine Nachfolger ebenso wie an den Überbringer einer echten, wenn auch vielleicht entwendeten Quittung mit voller Wirkung zahlen konnte. (So mit Recht ein Urteil des Bundesoberhandelsgerichts vom 30. Dezember 1870, welches bei Stegemann, Die Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichtes Bd. I S. 111, mitgeteilt ist.) Der Verf. beurteilt also den blossen Schein einer Zession dann anders, wenn es sich um die Lage eines dritten redlichen Erwerbers der Forderung, als wenn es sich um diejenige des redlichen debitor cessus handelt, zwei Fälle, welche anderweitig gleichgestellt worden sind (vgl. z. B. Bähr in Iherings Dogmatischen Jahrbüchern Bd. 14 S. 413 ff. und Windscheid im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 80). Africanus betont ausdrücklich Dig. XII 1 de rebus cred. fr. 41, dass der redlich Zahlende besser zu behandeln sei, als redlich dritte Erwerbslustige. Der Unterschied folgt daraus, dass ein Kontraktgläubiger oder ein Zessionar ihre Rechte nur auf gültige Verträge stützen können, nicht aber ebenso der Schuldner seine Aussicht durch Zahlung frei zu werden; denn die Zahlung enthält zwar in der Regel einen Vertrag mit dem wahren Gläubiger, braucht aber einen solchen nicht zu enthalten; nirgends ist dies als ihr Requisite aufgestellt. (Vgl. zu dieser Frage Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Breslau 1901 S. 40 ff.) Die Erfordernisse einer gültigen Zahlung sind also nach besonderen Grundsätzen zu beurteilen. — Wenn der Schuldner dagegen merkt, dass der Scheinzessionar den Scheinzedenten betrügen will, so darf er die Einrede der Simulation machen. arg. 12 § 2 Dig. de doli mali exi 44, 4. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 132 hielt es mit

Auch hiervon ist das BGB. wenigstens bei verbrieften Vertragsschulden zugunsten redlicher Erwerber abgewichen (§ 405 BGB). Für andere Schulden gilt noch immer das oben Gesagte.

Anders verhält es sich freilich nach der Sondervorschrift des Artikels 82 der deutschen Wechselordnung bei dem redlichen Nachindossatar des Erwerbers aus einem Scheinindossamente¹⁾.

Es war bisher nur von redlichen Simulationen die Rede; etwas anderes ist die Lage des gutgläubigen Dritten bei Geschäften, welche nicht bloss simulierte, sondern zugleich auch betrügerische sind²⁾. Dies ist z. B. dann zweifellos, wenn A

Recht für selbstverständlich, dass sich Dritte zu ihren Gunsten auf die Simulation berufen können. Die Veranlassung des Schuldners zu dieser Einrede bildet sogar der Regel nach das einzige Schutzmittel des Scheinzedenten gegen den Scheinzessionar, welcher mit dem einzutreibenden Gelde sich zu entfernen beabsichtigt. Der Verf. meint sogar, dass der Schuldner in solchem Falle, falls der Scheinzedent ihm für etwa entstehende Prozesskosten schadlos hält, auf dessen Ansuchen die Einrede der Simulation erheben muss. Etwas abweichend das oben angezogene Urteil des Bundesoberhandelsgerichts. Was von der entwendeten Quittung gesagt ist, gilt übrigens nicht ohne Weiteres von einem dem Gläubiger gestohlenen und dem Schuldner wiedergegebenen Schuldschein; arg. c. 15 Cod. de solutionibus 8, 42 (43). Der Besitz eines solchen durch einen Dritten berechtigt den Schuldner nicht ohne weiteres zu der Annahme, dass der Dritte zu dem Schuldner bevollmächtigt ist.

¹⁾ Bei diesem kann der Indossant durch einen Übertragungsakt für einen redlichen Erwerber mehr Recht erzeugen, als er selbst hat. So muss man seine Befugnis in korrekter Sprache formulieren, denn von der Regel: Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet kann es eine wirkliche Ausnahme nicht geben. Wenn man von einer solchen spricht, so verwechselt man das „Übertragen“ und das „Erzeugen“ von Rechten. Vgl. Carlin, Niemand kann mehr Recht übertragen, als er selbst hat 1881.

²⁾ Man übersche nicht, dass simulierte und betrügerische Geschäfte zweierlei sind, sie können zusammenfallen, brauchen es aber nicht. So gelten z. B. für die betrügerischen, aber nicht simulierten Veräußerungen zum Nachteil der Gläubiger nur die besondern für alle solche Veräußerungen bestimmten Rechtsmittel, für betrügerische Simulationen gelten aber neben diesen Rechtsmitteln auch die Klagen, die sich aus der Nichtigkeit des Geschäftes ergeben. In § 405 BGB. ist dieser Unterschied zwischen betrügerischen und redlichen Simulationen nicht gemacht. Entscheidend ist dort nur, ob die Schuld verbrieft ist.

dem B in einem simulierten Kaufe eine Sache überlässt, damit dieser sie an C verkaufe und A sie demnächst wieder abfordern könne. Es gibt aber auch andere Fälle, in denen wir nach römischem Rechte das gleiche annehmen müssen, auch wenn der A in dem Augenblicke des Geschäfts die dem C drohende Schädigung nicht geradezu gewünscht hat, aber sie doch nach dem natürlichen Laufe der Dinge erwarten musste, ja sogar, wenn er den Erwerb dieses C nur durch sein schuldhaftes Verhalten mitverursachte. Es ist nämlich zu wiederholtem Male vorgekommen, dass der Scheinerwerber aus einer zugleich betrügerischen und simulierten Eigentumsübertragung die ihm zugedachte Rolle eines Eigentümers missbrauchte, um den ihm anvertrauten Gegenstand an einen gutgläubigen Dritten zu veräussern. So hatte z. B. eine Mutter im Einverständnis mit ihrem Sohne ihm das simulierte Versprechen einer Mitgift abgegeben, um diesem in betrügerischer Weise seine Verheiratung zu erleichtern. Der Sohn zederte diese Scheinforderung seiner gutgläubigen Frau, und diese gewann, gegen die Mutter aus dem Versprechen klagend, den Prozess¹⁾. Die Richtigkeit des in dieser Entscheidung anerkannten Grundsatzes ist namentlich von Dernburg²⁾ ausgesprochen und von Kohler a. a. O. und Hartmann näher ausgeführt worden³⁾. Eine Wirksamkeit solcher Geschäfte gegen Dritte folgt hier jedoch nicht aus ihrer Beschaffenheit⁴⁾. Das simulierte Ge-

¹⁾ So berichtet Glück in seinem Pandektenkommentar Bd. 4 S. 185 aus Leyser, Meditat. ad. Pand. spec. XLII med. 5, indem er diese Entscheidung billigt. Mit Recht tadelte Dernburg in der ersten Auflage seines Lehrbuches d. pr. PrR. Bd. I, Halle 1875 § 104 Anm. 7 die Schweigsamkeit der neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller hinsichtlich dieser praktisch wichtigen Frage.

²⁾ Lehrbuch des preuss. Privatrechts Bd. I § 104 Anm. 7 1. Aufl. 1875.

³⁾ Dogm. Jahrbuch Bd. 20 S. 4 ff. Es hatte jemand sein Grundstück an einen Freund für eine bedeutende Summe zum Scheine veräussert, um es bei einer bevorstehenden Expropriation zu einem möglichst grossen Preise zu verwerten. Der „Freund“ hatte es doloserweise an einen Dritten verpfändet, vgl. ähnliche Fälle aus der französischen Praxis S. 6, 7.

⁴⁾ Gegen eine Spaltung des Geschäftes in seine Beziehung zu dem Mitkontrahenten einer- und zu dem Dritten andererseits; vgl. Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 7.

schäft ist durchaus unwirksam; man kann auch nicht korrekterweise behaupten, dass es zugunsten eines unbeteiligten Dritten wirksam sei. Trotzdem ist jene Entscheidung richtig und ihr Sinn geht dahin, dass der Dritte trotz der Nichtigkeit des simulierten Geschäftes einen Erwerb macht, welcher nach den prätorischen Grundsätzen über dolus gesichert ist. Man möchte vielleicht erwidern, von einem dolus des ersten Veräusserers könne hier darum nicht die Rede sein, weil er dies vertragswidrige Geschäft mit dem Dritten nicht gewünscht, ja nicht einmal gewollt, sondern nur mittelbar durch sein schuldhaftes Verhalten verursacht habe¹⁾. Allein der dolus des ersten Veräusserers zeigt sich nicht in der Tatsache jenes zweiten Geschäftes, an dem er unbeteiligt ist, sondern darin, dass er noch später die Wirkungen eines Aktes aufrufen will, welchen er durch seinen Verstoss gegen das Sittengebot der fides überhaupt nur möglich gemacht hat²⁾. Sein Verstoss richtete sich allerdings nicht direkt gegen den redlichen Dritten, welcher die Sache oder die Forderung wider Erwarten erhalten hat, sondern gegen einen anderen. Gleichviel: die Sittlichkeit einer Handlung ist keine relative, sondern eine absolute Eigenschaft derselben³⁾. Nun ist es in der Tat dolus, an derselben Gerichtsstätte, welche ein Tempel der bona fides sein soll, zu der Begründung eines Anspruches die eigene Treulosigkeit darzulegen. Darum wird der erste Veräusserer aus einer betrügerischen Scheintradition durch eine exceptio doli ausgeschlossen und der redliche Erwerber befindet sich also in der Lage eines Besitzers, welcher durch exceptio rei venditae et traditae⁴⁾ geschützt ist, einer Lage, welcher derjenigen des

¹⁾ Man verwechsle überhaupt nicht „wünschen“ und „wollen“. Man will manches Unerwünschte, indem man in einen sauren Apfel beisst, weil es nicht anders geht. So hat das deutsche Volk, nicht bloss der Juristenstand, die Aufnahme des römischen Rechtes nur als ein unvermeidliches Übel gewollt, ist aber schliesslich trotzdem dabei recht gut gefahren.

²⁾ Vgl. 1, 2 § 5 dig. de dolo mali exc. 44, 4: attamen nunc petendo facit dolose.

³⁾ 1. 2 § 2 dig. de doli exc. 44, 4: plane ex persona, ejus qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio. Leider fehlt im BGB. die Anerkennung dieses Grundsatzes.

⁴⁾ Diese wird bekanntlich oft z. B. in der 1. 49 dig. mand. 17, 1 exceptio

Eigentümers fast gleich ist und vorwiegend nur aus historischen Gründen, nämlich aus einem Versehen der Kompilatoren, in den Quellen nicht als Eigentum auftritt¹⁾. Es war nämlich allem Anscheine nach der Besitz mit *exceptio rei venditae et traditae* ein Seitenstück des prätorischen Eigentums²⁾, wenn auch einzelne Fälle dieser Form bei der Verschmelzung jener Eigentumsart mit dem zivilen Eigentum unberührt geblieben sind³⁾. Daher kennt das BGB. diese Fälle nicht mehr.

Was hier von dem Eigentumserwerbe des redlichen Dritten gesagt ist, muss auch von dem Servituterwerbe eines solchen gelten, nur werden wir hier dem redlichen Dritten eine blosse *quasi possessio* mit *exceptio rei venditae et quasi traditae* zusprechen müssen.

Man glaube übrigens nicht, dass mit der Annahme dieser *exceptiones doli* von seiten der Praxis der Boden des positiven Rechts verlassen wurde. Der römische *judex* war bei den *negotia bonae fidei*, deren Theorie heutzutage für alle nicht formalen Geschäfte gilt, in jedem einzelnen Falle grundsätzlich autorisiert *ex fide bona* zu urteilen. Die Regeln, welche er kraft dieser Anweisung dauernd anwandte, sind uns in den Quellen mitgeteilt. Als der Formularprozess wegfiel, blieben sie in Geltung, denn ihre Entstehungsform wurde von ihrem materiellen Inhalte überdauert. Auch nach der Zeit des Formularprozesses musste *ex fide bona* geurteilt werden. Sie wurden also in Deutschland mit rezipiert.

Nun bezeugen uns die Quellen ausdrücklich, dass jeder gebunden ist, dem wir die Veräußerung einer Sache als ge-

doli genannt. Dass der redliche Dritte aus einem Indossamente seitens eines Indossanten, welcher seinerseits nur ein betrügerischer Scheinindossatar ist, Wechselforderungen erwirbt, folgt aus Art. 82 der Wechselordnung; vgl. über betrügerliche Indossatare Kohler a. a. O. S. 150.

¹⁾ Der Verfasser verweist hierüber auf seine Ausführungen in den Dogm. Jahrb. Bd. 17 S. 183 ff. Zustimmung Demelius in Grünhuts Zeitschr. Bd. 9 S. 3; vgl. jedoch auch des Verf. allg. Teil des BGB. S. 536 Anm. 2.

²⁾ Arg. I. 4 § 32 dig. de doli mali excep. 44, 4 verbi: quem in bonis non haberet.

³⁾ Die Rechtslage des durch diese *exceptio* geschützten war immerhin in einem wichtigen Punkte von der Lage des prätorischen Eigentümers verschieden; vgl. des Verfassers allgemeinen Teil des BGB., Berlin 1900 S. 536 Anm. 2.

wollt oder durch Dolus verursacht zurechnen müssen, und zwar bezeugen sie es uns in Beispielen, welche nicht als Singularitäten auftreten, sondern als gleichmässige Verwirklichungen eines Gedankens, der sich durch Verallgemeinerung in einer allgemeinen Regel umformen lässt¹⁾. Indem man eine solche Regel in der Praxis anwandte, ging man nicht über das positive Recht hinaus²⁾. Die Nichtachtung jenes Inhalts des prätorischen Rechts wäre vielmehr quellenwidrig gewesen.

Dass der Schutz der redlichen Dritten, welche von dem Erwerber aus dem simulierten Verträge ihr Recht herleiten, eine speziell prätorische Rechtsschöpfung war, ersehen wir daraus, dass ihre unvollkommene Verwirklichung durch den Schutz des Besitzes nebst Gewährung einer *exceptio doli* einem vollkommenen Rechtserwerbe wich, wo der Prätor völlig freie Hand hatte. Dies folgt aus der c. 2 Cod. si aliena res 8, 15 (16) (Severus et Antonius):

Si probaveris praesidi hortos de quibus agebatur tuos esse, intellegis obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.

Hier litt der Eigentümer schon dadurch Schaden, dass er ein Recht in betrügerischer Weise ableugnete; um wieviel mehr musste er ihn bei einer arglistigen Scheinveräußerung erleiden.

Auch bei der *Superficies* und der *Emphytheusis* wird das gleiche anzunehmen sein, wie bei dem Pfandrechte.

¹⁾ I. 25 dig. de donat. 39, 5; Kohler a. a. O. Bd. XVI S. 133, I. 49 dig. mand. 17, 1, I. 4 § 1, I. 8 § 6 und 7, I. 10 quib. mod. pign. 20, 6 c. 2 und 11 § 2 Cod. de remis. pign. VIII 25 (26). Vgl. auch die *exceptio doli* in der bekannten lex 18 dig. de rebus ered. 12, 1.

²⁾ Wie Kohler Bd. 16 S. 135 anzunehmen scheint. Vgl. denselben S. 130: „M. E. hat die Wissenschaft auch ohne besonderen gesetzlichen Anstoss den zunächst in einzelnen Anwendungsfällen zutage tretenden Rechtsgedanken voll und klar auszusprechen und überall da zur Geltung zu bringen, wo das Rechtsleben ihm Gelegenheit zur Entfaltung bietet“, wobei er die Sondervorschriften für Grundbuchrecht und Ehevertrag verallgemeinern will. In dieser Generalisierungstätigkeit gegenüber einzelnen Entscheidungen hat man in der Tat von jeher die Hauptaufgabe der Pandektenwissenschaft gesehen. Nur so konnte eine Chrestomathie von Rechtsfällen sich in ein logisch gegliedertes System verwandeln.

Die redlichen Zessionare, welche ihr Recht von dem Scheinerwerber aus einem zugleich betrügerischen und simulierten Verträge herleiten, können freilich keinen Besitz mit *exceptio doli* haben, da Forderungen nicht besitzbar sind. Trotzdem durfte man auch ihnen im gemeinen Rechte diese Einrede dann nicht versagen, wenn der Mitkontrahent ihres Scheinzessionars auf Anerkennung des Nichtbestehens der abgetretenen Forderung¹⁾ und auf Aushändigung des Schulddokumentes klagt²⁾.

Das Ergebnis des Vorigen ist also: Der von den Parteien simulierte Vertrag ist nichtig. Der redliche Dritte, welcher von dem Scheinerwerber ein Recht herleitet, dessen Bestand von der Gültigkeit des simulierten und zugleich betrügerischen Geschäftes abhängt, wurde nach römischem prätorischem Rechte so geschützt, als wenn es gültig gewesen wäre³⁾.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies fallen gelassen.

Die einseitige simulierte Erklärung kann den Ernstlich-

¹⁾ § 231, jetzt 256 der Reichszivilprozessordnung.

²⁾ Gegenüber dem *debitor cessus* kann natürlich der redliche Erwerber aus der betrügerischen Scheinzession nicht schlechter gestellt sein, als es nach den obigen Ausführungen der Erwerber aus einer redlichen war. Ihm gegenüber wird sogar die Einrede der Simulation unbedingt zu versagen sein. Zahlt der *debitor cessus* an den wahren Gläubiger, so bleibt dem redlichen Nachfolger des betrügerischen Scheinzessionars gegen den betrügerischen Scheinzedenten höchstens eine *actio doli* (so mit Recht Ihering in den *Dogm. Jahrb.* Bd. IV S. 74; Kohler ebenda Bd. XVI S. 130; Dernburg, *Preuss. Privatrecht* § 104 Nr. 7), jedoch nur dann, wenn er nachweisen kann, dass der Scheinzedent die weitere Zession der Forderung an ihn vorhersehen musste. Man wird dies übrigens vermuten dürfen; denn, wer sich mit einem andern vereinigt, um einen Dritten zu betrügen, muss es als wahrscheinlich erwarten, dass sein Genosse auch ihn betrügen werde, da er dessen Charakter kennt.

³⁾ Natürlich schützte der Prätor den Dritten nur soweit, als er es konnte, d. h. er gewährte ihm nicht Eigentum, sondern nur Besitz mit *exceptio rei venditae et traditae*. Die erste Auflage hoffte, dass das Reichszivilgesetzbuch diese Besonderheit streichen und dem Dritten ebenso volles Eigentum gewähren würde, wie schon das römische Recht ihm ein volles Pfandrecht gab. Diese Hoffnung hat sich nicht erfüllt. Nur in § 405 finden wir eine spärliche Anerkennung des im Texte dargestellten römischen Rechts; vgl. Kohler, *Lehrbuch des bürgerl. Rechts* I S. 491.

keitsmangel erkennbar machen oder nicht¹⁾. Ist dies der Fall, so hebt sie sich selbst auf (§ 133 BGB.). Wer den erkennbar simulierten Antrag aus Versehen angenommen hat, kann trotz seines ernstlichen Willens keinen Vertrag zustande bringen.

Wer eine nach ihrem erkennbaren Sinn ernstliche Erklärung in Simulationsabsicht abgibt, der handelt entweder böslisch oder redlich. Im ersteren Falle liegt *Mentalreservation* vor. Durchschaut der Angeredete die heimliche Bosheit des Gegners, so muss er sie nach § 133 bei der Auslegung des Geschäfts beachten und die Erklärung als ungültig ansehen (BGB. § 116)²⁾. Durchschaut der Angeredete die mangelnde Ernstlichkeit des Erklärenden nicht, während dieser glaubt, dass sie erkennbar sei, so befindet sich letzterer in einem Irrtum über den Erklärungsinhalt, weil er fälschlich annimmt, dass dieser Inhalt den Ernstlichkeitsmangel in sich schliesse (§ 119 BGB.).

Für den seltsamen § 118 BGB. wird daher kaum ein Anwendungsgebiet übrig bleiben.

4. Unsere Quellen lassen keinen Zweifel darüber, dass nur solche Handlungen als Verträge gelten können, welche von handlungsfähigen Personen im Zustande des Bewusstseins abgegeben worden sind (ebenso BGB. § 105, 2).

Unter dem Bewusstsein (*animus* oder *mens*)³⁾ versteht man die Fähigkeit des Menschen, Wahrnehmungen in sich aufzunehmen, Vorstellungen aus der Erinnerung hervorzuholen, zu verbinden, zu trennen und in Beziehung zu setzen.

Von einer Bewusstlosigkeit reden wir hiernach dann, wenn dieser Zustand, wenigstens hinsichtlich der Aufnahme äusserer Wahrnehmungen, ausgeschlossen ist, während wir von einer

¹⁾ Das Nachfolgende weicht mehrfach von älteren Ansichten des Verfassers ab. Vgl. seinen allg. Teil des BGB. S. 45 ff.

²⁾ Müsste dies nicht auch bei Testamenten gelten, wenn auch nur ein Interessent den Mangel der Ernstlichkeit durchschaut? Dagegen der Wortlaut des § 116 BGB.; vgl. hierzu Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte* 2. Aufl. S. 15 ff. über Wedemeyer, *Der Abschluss eines obligatorischen Vertrags*, Göttingen 1904 S. 62 ff. — Die Behandlung des durchschauten allgemeinen Vorbehalts im BGB. ist besser als ihr Ruf; vgl. namentlich Hölder, *Zur Theorie der Willenserklärungen* S. 31 (in der Festgabe für Degenkolb S. 121).

³⁾ Vgl. Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgesch.* S. 65—79.

Geisteskrankheit dann sprechen, wenn die regulären Funktionen in hohem Grade zerrüttet sind.

Wie gross diese Zerrüttung sein muss, damit man von Wahnsinn und nicht von blosser Abnormität der Geistesfunktionen reden könne, diese Frage hat die Jurisprudenz von jeher den Medizinern zur Entscheidung überlassen und sich höchstens eine Prüfung in zweiter Instanz vorbehalten¹⁾. Sache des Mediziners müsste es daher sein, endgültig über eine Behauptung zu entscheiden, welche neulich von Brinz²⁾ aufgestellt worden ist. Diese gipfelt in dem Satze, dass ein Zerstreuter, welcher sich verspricht und verschreibt, im Zustande momentaner Besinnungslosigkeit handle und dass daher nach dem allgemeinen Grundsatz, der den Handlungen Besinnungsloser die rechtliche Wirksamkeit entzieht, derartige Akte nicht verbindlich sein können.

Dass die herrschende Praxis der Gerichtsärzte dieser Ansicht widerspricht, glaubt der Verfasser mit Bestimmtheit behaupten zu dürfen. Dennoch meint er, dass es geboten ist, ihre Quellenmässigkeit und psychologische Richtigkeit zu erörtern, ohne jedoch dem Urteile der Medizin vorzugreifen.

Brinz behauptet ein Doppeltes:

1. error bedeutet nicht bloss falsa opinio, sondern auch etwas anderes, nämlich eine „Verirrung“³⁾.
2. Dieser error als „Verirrung“ bedeute ein „Abirren der Erklärung von dem wahren Willen“ wegen momentaner

¹⁾ So mit Recht Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 18; vgl. des Verfassers allgem. Teil S. 90 ff.

²⁾ Pandekten S. 1393. Zustimmend zu der Brinzschen Theorie Hölder, KrVJSchr. Bd. 14 S. 565 ff. Auch Zitelmann hat seine Kategorie „Irrtum im Bewusstsein“ (Irrtum und Rechtsgesch. S. 359—372) im wesentlichen aus einer Verallgemeinerung dieser Brinz-Hölderschen Lehre gewonnen. Da Zitelmann selbst zugibt (S. 368), dass die genannte Gruppe angeblicher Fälle eines Irrtums auch Vorfälle mit umschliesse, in welchen weder von Irrtum, noch von error die Rede sein könne, so bleibt unerklärt, warum diese Klasse den Irrtumsnamen führen soll. Wahrscheinlich soll der Irrtum auch hier nur einen Fehlgriff in der Erklärung bezeichnen, und zwar einen solchen, der auf mangelndem Bewusstsein beruht. Zweifelnd Regelsberger, Handbuch II S. 401 Anm. 5; vgl. aber auch Manigk, Anwendungsgebiet S. 241 ff.

³⁾ So jetzt auch Kohler, Lehrb. d. bürgerl. Rechts I § 227 S. 505, der grundsätzlich bei dem rechtserheblichen Irrtum von „Abirung“ spricht.

Besinnungslosigkeit, wie sie bei einem Zerstreuten stattfindet, wenn er sich verspricht.

Nur in der ersten dieser beiden Behauptungen sieht der Verfasser eine der wichtigsten Entdeckungen der Quellenkenntnis und der Intuitionskraft ihres Urhebers. Auch nach der Meinung des Verfassers bezeichnet das errare in aliqua re der Regel nach nicht bloss eine falsche Vorstellung von einer Sache oder einen Irrtum über eine solche, sondern „die Bezugnahme oder Hindeutung auf eine unerwünschte Sache, einen durch Irrtum verursachten Fehlgriff hinsichtlich der Sache, also nicht eine passive falsa opinio, sondern ein aktives verkehrtes Streben, Zeigen oder Reden“¹⁾. Dass aber die Akte des Zerstreuten denen des Wahnsinnigen gleichstehen, davon kann sich der Verfasser trotz des Beifalls, welchen diese Ansicht gefunden hat, nicht überzeugen. Diese letztere Bedeutung soll angeblich durch folgende Stellen erwiesen werden:

a) lex 44 pr. dig. de usurp. 41, 3 (Papinianus):

Justo errore ductus Titium filium meum et in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non jure intervenisset.

Hier dürfte aber ein wahrer Irrtum, d. h. eine unrichtige Vorstellung über die Rechtsvorschriften, welche Arrogationen betreffen, oder über den tatsächlichen Hergang der Arrogation vorausgesetzt sein.

b) Durch lex 1 dig. de distr. pign. 20, 5 (Papinianus) verbis:

nec furti rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur.

¹⁾ Vgl. auch l. 1 § 2 dig. de jur. et facti ign. 22, 6: in facto errat, woraus hervorgeht, dass der im Texte genannte sachliche Unterschied in der römischen Sprache keinen scharfen Ausdruck fand. Streng genommen ist ja auch die opinio nichts Passives, sondern eine innere Seelentätigkeit, die, wenn sie fehlgreift, von ihrem Ziele abirrt. Man beachte hierzu, dass der rechtserhebliche Irrtum eine besondere Abart des natürlichen Irrtums ist und der bei Verträgen rechtserhebliche Irrtum wiederum eine noch engere Abart. Bei Verträgen ist aber der Irrtum immer nur dann von Bedeutung, wenn er zugleich eine Verirrung oder ein Missgriff war, d. h. den Irrenden in einen Nachteil brachte, dem Irrlichte vergleichbar, das den Wanderer in einen Sumpf hineinlockt. Unschädliche Irrtümer über gleichgültige Dinge liegen jenseits des Vertragsrechts.

Ein zweiter Pfandgläubiger, welcher sich in einem *error ordinis* befindet, muss sich entweder in einer Tatsache oder einem Rechtssatze irren, also eine *falsa opinio* erleiden.

Sobald man also diese Stelle unbefangen liest, wird man zugeben müssen, dass das Wort *error* in ihnen in keinem anderen Sinne gebraucht ist, als in demjenigen einer *falsa opinio*; daher ist nicht erwiesen, dass es hier auch eine besondere Bedeutung hatte und insbesondere nicht, dass der angeblich rätselhafte Satz: *errantis nulla est voluntas* das Wort in einem solchen Sinne verwendet¹⁾.

Aus den Quellen lässt sich also die von Brinz behauptete Auffassung der „Abirring“ nicht erweisen; vor allem aber stehen ihr vom psychologischen Standpunkte aus die erheblichsten Bedenken entgegen²⁾.

In der Seele eines Zerstreuten bildet sich nicht immer zunächst eine richtig formulierte Äusserung, welche demnächst auf dem Wege von dem Geiste zu dem Munde entstellt wird, also „abirrt“, sondern es verspricht sich jemand der Regel nach nicht anders, als indem er sich vorher „verdenkt“. Seine Worte weichen nicht von dem richtigen Ziele ab, sondern das richtige Ziel selbst fehlt ihm. Wo sollten auch die falschen Worte anders herkommen, als aus dem Geiste des Zerstreuten?

Nichts aber zeugt für eine Analogie zwischen diesem und dem Geisteskranken. Wollte das Gesetz die Zerstreuten von der Verpflichtung, ihr Wort zu halten, ebenso dispensieren wie die Wahnsinnigen, dann müsste es auch, wie bei diesen, dafür Sorge tragen, dass aus ihrer freien Bewegung innerhalb des Verkehrslebens unbefangenen Dritten kein Schade entstehe. Dass dies nicht tunlich ist, unterliegt keinem Zweifel³⁾. Ein

¹⁾ Vgl. auch Mandry, *KrVJSchr.* Bd. 14 S. 380, 381. Die Bedeutung, welche dieser Satz bei unbefangener Auslegung hat, kann erst im zweiten Teile (§ 23) klargestellt werden; vgl. auch Pernice, *Zeitschr. f. d. ges. Handelsr.* Bd. 25 S. 133 ff.; Bruns, *Pandektenfragm.* S. 479 Anm. 119.

²⁾ Wir sind leider gezwungen, entweder an der älteren Ansicht, welche die „Abirring“ nicht kennt, unbedingt festzuhalten, oder selbst den Geschäftsabschluss des Zerstreuten, soweit uns dessen Geistesregungen wahrnehmbar sind, als bewusste Tätigkeit anzuerkennen.

³⁾ Eine gewisse Ähnlichkeit der Geschäfte des Wahnsinnigen mit denen eines Irrenden tritt neuerdings in einer Bewegung zutage, welche das Irr-

Beweis dafür, dass die Akte der Zerstreuten¹⁾ keine bewussten Handlungen sind, zeigt sich in dem Gefühle der Verantwortung für Unterlassungssünden, welche der Bewusstlose niemals, der Zerstreute fast immer empfindet²⁾ aus der Fähigkeit, jenes Übels durch Willenskraft bis zu einem gewissen Grade Herr zu werden³⁾. In der Tat würde auch schwerlich jemand, der aus Zerstreutheit eine brennende Zigarre in einen Heuschaber geworfen hat, von der Anklage der fahrlässigen Brandstiftung freigesprochen werden, weil er im Augenblicke der Tat bewusstlos gewesen sei.

Nur das eine kann zugegeben werden, dass eine hochgradige Zerstreutheit schliesslich in Geisteskrankheit übergehen kann und die völlige Zerfahrenheit der Gedanken zuweilen nur eine Form des Wahnsinns sein mag. Solange dieser Fall aber nicht vorliegt, ist dem Zerstreuten seine Handlung auf dem Zivil- wie auf dem Strafrechtsgebiete zuzuschreiben⁴⁾, wie auch das eigene Gewissen sie ihm zuschreibt.

tumsrecht auf die Geschäfte Geisteskranker ausdehnen will; vgl. hierüber des Verfassers Gutachten im Bankarchiv Bd. V Nr. 13, 1906 S. 153.

¹⁾ Der Fehler der Zerstreutheit ist nichts anderes, als eine Schwäche der inneren Kraft, durch welche wir erfahrungsmässig unsere Aufmerksamkeit auf Gegenstände unserer Wahl zu richten mögen. Er beruht auf der Gewohnheit, sich gewissen Ideenkreisen oder Phantasiegebilden in so überwiegendem Masse hinzugeben, dass die Macht einer Ablenkung des Geistes von diesen auf andere Dinge eine ausnahmsweise geringfügige wird, d. h. unter das Niveau der menschlichen Durchschnittsfähigkeit zur Aufnahme äusserer oder innerer Eindrücke herabsinkt, weil übermächtige Ideenassoziationen die Bildung neuer Vorstellungen fern halten.

²⁾ Bei Geisteskranken ist das streitig; es kommt sicherlich auf den Grad der Krankheit an.

³⁾ Es ist m. E. nicht richtig, dass bloss die körperlichen Bewegungen (wie Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 32 annimmt) Willensakte sind; eine Handlung ist jede Veränderung in und an uns, bei der wir empfinden, dass sie durch uns selbst verursacht worden ist; dahin gehört auch noch ausser den Bewegungen die bewusste Unterdrückung eines Triebes durch einen andern und die uns selbst abgenötigte Aufmerksamkeit auf einen bestimmten Punkt. Vgl. Locke, *Versuch über den menschlichen Verstand*, Buch III cap. 21 §§ 5 ff. Zuzugeben ist, dass das Wort „Handlung“, das von der Hand herrührt, auf die inneren Willensakte nicht recht passt. Der Name tut aber nichts zur Sache.

⁴⁾ Auch die Meinung des Volkes entschuldigt den Wahnsinnigen wegen seiner Taten, während sie unwillig ist, wenn ein Zerstreuter Übles anrichtet.

Wenn Hölder¹⁾ endlich noch eine Differenz zwischen Wille und Erklärung wegen mangelhafter Ausbildung oder Verbildung der Mitteilungsorgane, insbesondere der Sprachorgane in Betracht zieht, so kann eine solche — ausser bei Bewusstlosigkeit des Sprechenden und Unaufmerksamkeit des Hörenden — schwerlich vorkommen, ohne dass der Redende oder der Angeredete sie bemerkt. Wer, durch einen solchen Fehler getrieben, etwas anderes sagt, als er sagen will, hat natürlich das Recht, dies zu berichtigen, tut er dies jedoch nicht sogleich, so genehmigt er stillschweigend den Inhalt seiner Worte²⁾. Verfällt er gleich nach den Worten in Ohnmacht, ohne seine unwillkürlichen Äusserungen berichtigen zu können, so ist er nicht haftbar³⁾; denn es fehlt dann an einem bewussten Erklärungsakte, ohne welche er sich nicht verpflichten kann⁴⁾.

Das Ergebnis dieser Ausführungen für die Irrtumslehre ist, dass für den Irrtum aus Zerstretheit besondere Vorschriften nicht gelten und dass er mit dem Falle bewusster Erklärungen nicht auf eine Stufe gestellt werden darf⁵⁾.

b) Die Herstellung des Vertragsinhalts.

§ 7.

Es wurden oben (§ 3) die *lex contractus* (der Vertragsinhalt) und die Erklärungsakte, welche ihm die Verpflichtungskraft verleihen, unterschieden. Dieser Unterschied ist unbestreitbar und unbestritten; weil aber beides „Erklärung“ genannt wird und bei den mündlichen Geschäften in denselben

¹⁾ KrVJSchr. Bd. 14 S. 567.

²⁾ Über sofortige Berichtigungen vgl. des Verfassers „Irrtum als Nichtigkeitsgrund“ S. 65 Anm. 119. (Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages Bd. III S. 87.)

³⁾ Natürlich nur, wenn er jenes Übel als vorhanden nachweist.

⁴⁾ Der Fall hat wegen seiner Seltenheit nur geringe praktische Bedeutung.

⁵⁾ Irrtümliche Entstellungen eines bereits innerlich formulierten Erklärungsinhalts, die bei der Aussprache oder Niederschrift geschehen, gelten auch nach BGB. nicht als Bewusstseinsmängel. Darauf beruht, wie auch aus den Materialien zu entnehmen ist (Prot. I 102 ff.), die schwerverständliche Fassung des § 119 BGB. im Anfange.

tatsächlichen Vorgängen zu stecken pflegt, so wird er nicht immer genau genug beobachtet¹⁾.

Nicht die Abfassung der Vertragsurkunde, das *legem conscribere*, macht den *consensus* aus²⁾. Sie kann aus dem Haupte eines Dritten entstammen, z. B. eines Nachlassrichters, der bisweilen völlig indolenten Parteien die angemessenen Vertragsnormen geradezu aufdrängen muss, oder aus dem Haupte eines Ablösungsbeamten, dessen Teilungsprozess die Beteiligten zuweilen gar nicht zu erfassen vermögen. Sie kann auch von dem Urheber des Vertragsantrages allein herrühren, während der Annehmende nur „ja“ sagt, sie kann endlich teilweise von dem einen und im übrigen von dem andern gemacht und jedesmal von dem Vertragsgenossen anerkannt sein³⁾. Alle diese Formen sind juristisch gleichwertige. Die den beiderseitigen *consensus* bildenden Erklärungen aber müssen immer von den Parteien ausgehen oder von Vertretern, welche durch Bevollmächtigung oder andere Umstände hierzu befugt sind⁴⁾ und übereinstimmend einen Vertragsinhalt anerkennen. Der Vertragsinhalt ist das *idem*, auf das das beiderseitige *placitum* und der beiderseitige *consensus* zu beziehen ist.

¹⁾ Die Behauptung Regelsbergers in Endemanns Handbuch Bd. II S. 395, dass der Vertrag nicht aus gleichen, sondern aus verschiedenen, jedoch sich entsprechenden Erklärungen bestehe, passt nicht recht auf die Erklärung durch Unterschrift (vgl. v. Savigny, System Bd. III S. 244; Regelsberger a. a. O. S. 421, § 120 APRLR. I 5). Dieser doppelte *consensus* geht übereinstimmend dahin, dass der Inhalt der unterschriebenen Vertragsnorm für beide Kontrahenten gelten soll.

²⁾ l. 39 de pact. 2, 14. Mit Recht nennt Ihering den Korrespondenten, welcher dem Kaufmann seine Geschäftsbriefe entwirft, eine blosse Schreibmaschine (Dogm. Jahrb. Bd. I S. 277 Anm. 4).

³⁾ Es pflegt dann oft jede Partei das zu bezeichnen, was die andere leisten soll, weil dies für ihn der Zweck, seine eigene Leistung nur ein Mittel zu sein pflegt. So wählt der Käufer oft die Ware und der Verkäufer bestimmt dann den Preis.

⁴⁾ Auch die Vertretungsbefugnis durch eine Parteivollmacht ist kraft Gesetzes wirksam; die sog. gesetzliche Vollmacht unterscheidet sich also von ihr nur dadurch, dass sie sich nicht an jenen Parteiakt, sondern an andere Umstände anknüpft. So kann man auch die gesetzliche Erbfolge besser „Verwandtschaftserfolge“, die gesetzliche Obligation „Zustandsobligation“ nennen. Auf derartigen Erwägungen beruht der allgemeine Ausdruck Vertretungsmacht im BGB.

Hiernach beantwortet sich die streitige Frage, ob Vertragserklärungen einen unbestimmten Inhalt haben dürfen, dahin:

1. Der Vertragsinhalt muss entweder sogleich bestimmt oder durch ein später mit Sicherheit wirkendes Mittel¹⁾ bestimmbar sein. Ebenso aber auch die Anerkennung des Vertragsinhalts durch die Parteien²⁾.
2. Die Parteien brauchen den Vertragsinhalt nicht zu kennen, wenn sie sich ihm unterwerfen.
3. Dagegen müssen sie nach dem Sinne ihrer Unterwerfung genau auf die *lex contractus* hindeuten, die gewünschte Vertragsnorm also mit Sicherheit auffindbar machen.

Der zweite dieser Sätze ist vielfach anerkannt worden³⁾ und entspricht der festen Praxis des Reichsoberhandelsgerichtes, sowie einem mächtigen Verkehrsbedürfnisse⁴⁾.

¹⁾ Z. B. durch das Los, den Ausfall einer Ernte oder eines Fischzuges u. dgl. Zitelmann spricht bei „disjunktiven“ Absichten von einem „Konzentrationsmerkmale“ (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 511). Man wird auch in disjunktiven Abreden von einem „Bestimmungsmerkmale“ sprechen dürfen.

²⁾ Der Vertragsinhalt muss soweit bestimmt sein, dass er tatsächlich verwirklicht werden kann, seine Anerkennung so sehr, dass man ersehen kann, ob sie die Verpflichtungskraft der Abrede ernstlich und endgültig will oder nicht.

³⁾ Namentlich von Regelsberger, *Zivilrechtl. Erörterungen* S. 5; Bähr, *Dogm. Jahrb.* Bd. 14 S. 402 ff.; Regelsberger, *Handb. d. Handelsr.* Bd. II S. 392. Hier dürfte freilich die richtige Ansicht noch nicht entschieden genug ausgesprochen sein, weil Regelsberger zur Geltung einer von den Parteien als massgebend anerkannten Übung ein „Bewusstsein“ dieser Übung verlangt; freilich meint er gleich nachher, dass dieses Bewusstsein bei Geschäftsleuten hinsichtlich der gewöhnlich anerkannten Usancen erwartet werde. Damit ist mittelbar zugestanden, dass es auf ein wirkliches Vorhandensein jenes Bewusstseins bei jeder einzelnen Partei nicht ankommt. Darum ist es besser, dieses Gültigkeitserfordernis ganz zu streichen. Damit soll natürlich nicht bestritten werden, dass, wer bei einem Geschäftsabschlusse in erkennbarer Weise die gewöhnlich berücksichtigten Usancen ablehnt, sich ihnen nicht unterwirft, weil der Sinn seiner Erklärung dies ausschliesst; vgl. auch l. 11 § 1 dig. de act. empti 19, 1 (Ulpianus): *Quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate.*

⁴⁾ Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsger. betr. das Kontrahieren nach Handelsusancen, z. B. Entscheidungen Bd. XII Nr. 94 S. 286, Bd. XIII Nr. 117 S. 370, Bd. XIV Nr. 87 S. 268, Bd. XV Nr. 71 S. 251, vgl. auch Dernburg, *Lehrb. d. preuss. Privatrechts* Bd. I § 108 not. 2. Zustimmung zu dem Texte Graf Piniński, *Tatbestand des Sachbesitzerwerbes* Bd. II

Nur seitens der Theorie erfreut er sich nicht unbedingter Anerkennung¹⁾. Auch hier wird mit doppelten Waffen gekämpft, denjenigen der Philosophie und denjenigen der Quellen.

So ist namentlich neuerdings geltend gemacht worden, dass nach Hegel²⁾ das Wesen des Willens Bestimmtheit sei. Dieser Satz mag vorläufig als richtig zugegeben werden und es sei daher hier vorausgesetzt, dass zu einem Willen nicht bloss das Bewusstsein, dass man etwas will, sondern auch eine Vorstellung darüber, was man will, also eine Bestimmtheit des Gegenstandes gehöre. Keinesfalls gehört aber dazu auch eine Kenntnis dieses Gegenstandes. Ein bestimmter Gegenstand unseres Begehrens und ein bekannter sind zweierlei³⁾. Bestimmt nennen wir einen Gegenstand unseres Willens dann, wenn es zweifellos ist, dass unser Begehren auf ihn hinzielt. Dies ist dann der Fall, wenn der Raum, welchen er ausfüllt, oder eine nur ihm anhaftende Eigenschaft in Bezug genommen wird. Unmittelbar bestimmt ist dasjenige, worauf wir hinsehen oder hinzeigen und was wir berühren. Dies wird uns niemals gänzlich, fast immer zum Teile unbekannt sein⁴⁾.

Mittelbar bestimmt ist dasjenige, was wir nach dem Raume, den es ausfüllt, oder nach einer nur ihm eigentümlichen Eigenschaft

S. 474 Anm. 1 unter Hinweis auf die römische *stipulationes praetoriae*, vgl. auch Lotmar, *KrVJSchr.* Bd. 25 S. 402 ff.

¹⁾ Vgl. Windscheid im *Archiv für ziv. Praxis* Bd. 63 S. 93; Bruns in den *Pandektenfragmenten* S. 476, auch Zitelmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 398 ff.; dagegen entwickelt letzterer späterhin (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 500 ff.) in seinen interessanten Auslassungen über „eventuelle“ oder „unbestimmte“ Absichten freiere Anschauungen. Trotzdem ist seine Theorie nicht nur selbst zu „unbestimmt“ (vgl. Hartmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. XX S. 26), sondern sie trennt auch nicht zur Genüge das „Unbestimmte“ von dem „Unbekannten“ und das „eventuell Bestimmte“ von dem „principaliter“, aber bloss indirekt (z. B. durch Hinweisung auf ein Gesetz) Bestimmten“.

²⁾ *Naturrecht* § 17; vgl. Bruns in den *Pandektenfragmenten* S. 476.

³⁾ Vgl. über den Unterschied zwischen „unbestimmt“ und „unbekannt“ namentlich Regelsberger, *Handbuch* Bd. II S. 426, S. 478 IV.

⁴⁾ Nur wenige kennen das Innere einer gekauften Zylinderuhr oder das Knochengerüst ihres Reitpferdes. Über die Vorbedingungen der indirekten Bestimmung von Geschäftsbestandteilen, vgl. das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts, *Entsch.* Bd. XI Nr. 1 S. 3.

bestimmen¹⁾. Dies kann uns bekannt sein, braucht es aber nicht. So z. B. das vorderste Weinfass in meinem Keller, die erste Villa am Berge u. dgl. m. Zweifellos ist auch das indirekte Begehren des unbekanntes Gegenstandes, den man durch eine Willensäußerung zu erlangen hofft, ein wahrer Wille. Ein Herrscher, welcher den ihm nicht bekannten Verbrecher begnadigt, oder ein nach seinem Inhalte unbekanntes Gesetz durch Unterschrift sanktioniert²⁾, ein General, der die ihm noch unbekanntes Rekruten vorzuführen befiehlt, äussern durchaus keinen „unbestimmten“ Willen. Ebenso wenig aber auch der Erbberechtigte, der bei der Vorlesung des Erbzeugnisses nicht zugehört hat und ihn aus Gleichgültigkeit ungelesen unterschreibt. Ebensowenig die Partei, welche schriftlich in den unter ihren Verwandten geschlossenen, auch sie betreffenden Vertrag einwilligt, ohne ihn gelesen zu haben, denn sie bestimmt mittelbar ganz genau, welcher *lex contractus* sie sich unterwirft.

Die Behauptung, dass man sich einem unbekanntes Vertragsinhalte schon aus allgemeinen logischen Gründen nicht unterwerfen könne³⁾, ist also auf eine Verwechslung zwischen den Begriffen „Wissen“ und „Wollen“ zurückzuführen⁴⁾.

¹⁾ Z. B. einen ihm allein zukommenden Namen. Dass das Hinzeigen auf einen Gegenstand mit dem Finger und das Benennen desselben einander juristisch völlig gleichstehen, wird zwar von einigen Neueren bezweifelt, steht aber ausdrücklich in der *lex 6 dig. de rebus creditis 12, 1*.

²⁾ Es gibt Gesetze über Wasserbauten u. dgl., welche nur dem Spezialisten verständlich sein können.

³⁾ Vgl. hierzu Kohler (*Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 338): „Wer etwas will, will nicht auch die ihm unbekanntes Konsequenzen“. Sonst müsste man, so meint er, sagen, der Verbrecher wolle seine Bestrafung. Allein das letztere darf man selbst dann nicht sagen, wenn der Verbrecher das Strafgesetz kennt.

⁴⁾ Die Römer unterscheiden beides genau, *l. 209 dig. de verb. sign. 50, 16, l. 1 § 3 dig. de trib. act. 14, 4*. Aus dem gleichen Grunde versuchte der Verfasser in der *KrVJSchr.* Bd. 23 S. 341 die Bremersche Ansicht, dass der Generalprokurator nach römischem Recht Besitz erwerben kann, gegen ihre Widersacher zu verteidigen. Ähnlich neuerdings Hellmann, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, München 1882 S. 101—103. Wer alles, was jemand für ihn erwerben werde, besitzen will, dessen Besitzwille ist hinsichtlich jedes Gegenstandes, der in dieser Weise erworben wird, im voraus bestimmt, wenn auch nur mittelbar bestimmt und auf ein Unbekanntes ge-

Von grösserer Bedeutung ist die Behauptung, dass einzelne Quellenstellen dem Vertragsabschlusse über einen unbekanntes Geschäftsinhalte Schranken anlegen¹⁾.

Prüfen wir die einzelnen Stellen näher:

1. c. 5 *Cod. plus valere quod agitur 4, 22* (Diocletianus et Maximianus):

Si falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, velut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relecto, sed fidem habente suasisit, neutrum contractum in utroque alterutrius consensu deficiente constituisse procul dubio est.

Es befiehlt jemand, einen Mietskontrakt zu entwerfen, man legt ihm ein falsches Kaufformular vor und veranlasst ihn, zu unterschreiben. Dies arglistige Verhältnis kann doch wohl nur von der andern Vertragspartei oder ihrem Helfershelfer ausgehen²⁾. Hier soll der Betrogene dem Betrüger nicht haften, weil er in erkennbarer Weise nicht das vorgelegte Formular, sondern ein anderes unterschreiben wollte. Daraus könnte man nun höchstens folgern, dass er, wenn er das richtige Formular unterschrieben hätte, allen Bestimmungen desselben, auch den ihm unbekanntes, unterworfen sein würde, keinesfalls aber das Gegenteil.

2. *cst. 10 Cod. de donat. 8, 53 (54)* (Diocletianus et Maximianus):

Nec ignorans nec invitus quisque donat. unde si de hoc fundo non cogitasti, cujus velut donationi consensisse continetur instrumento, majores veritate rei quam scriptura

richtet. Was hätte wohl aus dem Wirtschaftsbetriebe der Latifundien werden sollen, wenn die Herren des Besitzschutzes bei allen Sachen hätten entbehren sollen, die ihre Verwalter ohne ihr Wissen erwarben? Vgl. auch *l. 1 § 5 dig. de possessione 41, 2*.

¹⁾ So Windscheid, *Archiv f. ziv. Praxis* Bd. 63 S. 93; Zitelmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 400, vgl. ebenda S. 398, 399.

²⁾ Windscheid a. a. O. bezweifelt, dass hier ein Betrug vorliegen müsse. Allein der Verfasser weiss in der Tat nicht, wie er sich ohne einen solchen den mitgeteilten Sachverhalt vorstellen soll. Die Annahme eines blossen Missverständnisses seitens des Schreibers erscheint ihm darum schon höchst unwahrscheinlich, weil Miet- und Kaufsummen erheblich voneinander abzuweichen pflegen; vgl. auch Pernice, *Zeitschr. f. Handelsr.* Bd. 25 S. 129 Anm. 2.

vires obtinente intellegis, de quo non cogitasti nec specialiter subscripsisti, nihil te perdidisse¹⁾).

Hier ist mit keinem Worte darauf hingedeutet, dass der Schenker in erkennbarer Weise sich durch die Unterschrift des ihm vorgelegten Formulars diesem Inhalte blindlings unterwerfen wollte und nicht bloss, insoweit er der vorherigen Abrede entsprach. Da es sich um Schenkungen handelt, so ist es auch höchst unwahrscheinlich, dass der Gegenstand des Geschäfts nur mittelbar durch den Inhalt einer dem Geber unbekanntem Urkunde bestimmt worden ist, weil bei Schenkungen eine derartige Bestimmung so gut wie niemals vorzukommen pflegt.

3. Als fernere Beweisstelle gilt die const. 18 Cod. de prob. 4, 19 (Diocletianus et Maximianus Violentillae):

Cum precibus tuis significes ignorante te praedium eum cujus meministi sibi velut a te donatum instrumentis inseri fecisse, si vera sunt quae indidisti, nec ad nomen factae donationis fundus iste pervenit.

Hier hat die Violentilla sich nicht nur nicht dem ihr unbekanntem Inhalt einer Urkunde blindlings unterworfen, sondern die entscheidende Bestimmung ist anscheinend überhaupt erst nach der Unterschrift ohne ihr Wissen verfasst und in die Urkunde eingeschoben worden. Hinsichtlich dieser Bestimmung lag also gar kein Konsens vor, sondern eine Fälschung.

4. Das letztere gilt auch von der est. 2 Cod. de rebus alienus non alienandis. 4, 51 (Imp. Gordianus A. Grattiae Aeliae):

Distrahente marito rem juris tui, si consensum non accommodasti, licet sigillo tuo venditionis instrumentum fraude conquisita signaveris, ejusmodi tamen commentum emptori usucapione non subsecuta vel longi temporis praescriptione non munito nullam praestitisse potest securitatem.

Hier hat das Opfer des Betrugers dem dritten Käufer gegenüber weder eine Erklärung abgegeben, noch ihren Mann zu der Abgabe einer solchen bevollmächtigt. Von ihrem consensus gegenüber dem Dritten kann also nicht die Rede sein.

¹⁾ Pernice a. a. O. S. 130.

Dass der Mann ihr eine Besiegelung der Urkunde abgelockt hat, um in dem Dritten den betrügerischen Schein zu erwecken, dass er bevollmächtigt sei, kann natürlich die fehlende Vollmachtserteilung nicht ersetzen¹⁾.

Die Quellen beweisen also nichts gegen den oben dargelegten Grundsatz. Dagegen enthalten sie gewichtige Beispiele seiner Anwendung. So kann man den unbekanntem Inhalt eines Kastens zum Gegenstande eines Depositums machen, also diesen Gegenstand mittelbar durch Hinweis auf seine räumliche Lage bestimmen²⁾. Wer im Interesse seines Miteigentümers Auslagen macht, erwirbt einen Ersatzanspruch gegen ihn, selbst wenn er ihn nicht kannte und mit einem andern verwechselte³⁾. Eine engherzige Ansicht des Labeo, welcher meinte, dass man sich Steinbrüche, die man nicht kenne, nicht in einem Verträge vorbehalten dürfe, wurde ausdrücklich von Javolenus verworfen⁴⁾.

Ebenso wie man die Person⁵⁾ und die Sache, über die man verhandelte, nicht zu kennen brauchte, muss es nach römischem Rechte möglich gewesen sein, auch das, was zugunsten jener Person und mit dieser Sache geschehen, z. B. ob sie gekauft oder gemietet werden sollte, von dem Inhalte eines Formulars abhängig zu machen.

Namentlich sind in dem heutigen Verkehrsleben solche Geschäfte über eine den Parteien ganz oder zum Teil unbe-

¹⁾ Die allgemein redende est. 2 Cod. de emancip. 8, 48 (Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 400 Anm. 45) beweist in der vorliegenden Frage nichts.

²⁾ I. 1 § 41 dig. depos. 16, 3; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 597.

³⁾ I. 14 § 1, 29 pr. dig. communi dividundo 10, 3. Vgl. ferner I. 5 § 10 (6 § 8) de neg. gest. 3, 5 (Ersatzanspruch wegen Impensen auf die Sache eines unbekanntem Eigentümers, im Glauben, sie gehöre einem andern). Vgl. auch I. 58 pr. dig. mand. 17, 1. I. 5 § 1 dig. pro derelicto 41, 7. Der Niessbrauchssklave konnte bei dem Geschäftsabschlusse die Frage, ob er für den Herrn oder den Usufructuar erwerbe, nicht bloss unbeantwortet lassen, sondern ihre Entscheidung sogar von einem zukünftigen ungewissen Umstände abhängig machen. arg. I. 25 § 1 dig. de usufr. 7, 1.

⁴⁾ I. 77 dig. de contrah. emptione 18, 1.

⁵⁾ Über Verträge mit „dem Rittergute“ u. dgl. vgl. Dernburg, Lehrb. d. preuss. PrR. § 94 Anm. 4.

kannte Vertragsnorm, z. B. Frachtgeschäfte, bei denen man auf ein Bahnreglement Bezug nimmt, ausserordentlich häufig¹⁾. Vornehme Herren und Damen pflegen Geschäfte von untergeordneter Bedeutung auf einen ganz allgemeinen Vortrag ihres Verwalters hin blindlings zu unterschreiben.

Nimmermehr wird die Praxis die Gültigkeit einer Unterschrift unter einer Erklärung von der Kenntnis ihres Inhaltes abhängig machen; sie billigt vielmehr den richtigen Satz, dass nur das Einverständnis der Vertragspartei mit einer äusserlich fixierten *lex contractus*, nicht aber deren Kenntnis nötig ist.

Trotz alledem müssen jedoch der oben angefochtenen Meinung zwei wichtige Zugeständnisse gemacht werden. Erstens: dass es Geschäfte gibt, bei denen die Unterwerfung unter einen nur mittelbar bestimmten Vertragsinhalt ausnahmsweise eingeschränkt ist und zweitens, dass eine Blankounterschrift seitens einer Person niemals zu einer Haftung für den von einem andern darüber gesetzten Vertragsinhalt führen kann²⁾.

Es gibt eine Reihe von Geschäften teils des älteren, teils des heutigen Rechtes, bei welchen die Aufnahme eines *incertum* als Geschäftsbestandteil ausdrücklich für unmöglich erklärt ist. So vor Justinian die Bestimmung des in einer letztwilligen Verfügung Bedachten³⁾, so noch heute die Bestimmung eines tradierten Besitzanteiles⁴⁾. Gajus (II 238) definiert das *incertum* folgendermassen:

¹⁾ Vgl. Bähr, Dogm. Jahrb. Bd. 14 S. 402 ff., auch Thöl, Handelsrechtliche Erörterungen, Göttingen 1882 S. 11. Weitere Beispiele bei Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 518 Anm. 487. Der Ausdruck „eventuelle Absicht“ (ebenda S. 508) passt auf solche Fälle nicht. Das Gewollte ist hier nicht bloss eventuell, sondern principaliter gewollt, aber bloss mittelbar bestimmt. Andererseits kann etwas unmittelbar bestimmt, aber bloss eventuell gewollt sein (vgl. I. 120 dig. de verb. obl. 45, 1 *hanc summam centum aureorum dari spondes, si modo centum aureorum est?*). Die Ungewissheit, ob etwas geschehen soll und was geschehen soll, sind zweierlei.

²⁾ Vom Wechselrechte ist hier nicht die Rede.

³⁾ Gajus II 238; Paulus, rec. sent. 3, 6 § 13. Der Erblasser musste seine Verfügung verantworten können, darum durfte ihr Erfolg nicht in ein Spiel des Zufalls ansarten.

⁴⁾ I. 26 dig. de acqu. poss. 41, 2. Auch nach BGB. wird man dies aus dem Wesen der tatsächlichen Gewalt folgern können. Freilich ist das zweifelhaft, weil ein Besitzwille vom BGB. nicht erfordert wird. Dagegen führt

incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subject.

Unter dieser *incerta opinio* kann man aber keineswegs die blossen Unkenntnis verstehen¹⁾; denn sicherlich haben die Römer eine genau benannte, aber dem Testator unbekannt Person nicht für eine *persona incerta* gehalten. Auch der Vorbehalt einer Bezeichnung der Person durch eine Nachtragsbestimmung machte diese nicht zur *incerta*, wie das *testamentum mysticum* beweist²⁾. Hier lag eine sog. sukzessive Entstehung des Ge-

schon nach röm. Recht die Erlaubnis zur Fortnahme einer durch den Nehmenden zu bestimmenden Sache, ebenso wie das vorläufig unbestimmte Generalmandat zur Tradition. *lex 6 dig. de donationibus 39, 5*. Hier verwandelt sich nämlich das *incertum* gerade in dem entscheidenden Augenblicke in ein *certum*, d. h. in ein Ding, das nunmehr mit Bestimmtheit ermittelt werden kann. Ebenso ist auch bei dem *jactus missilium* (I. 9 § 7 de *acquir. rer. dominio 41, 1*) nur das Anerbieten, nicht der Traditionsvertrag in *incertam personam* gerichtet. Das *certum* wird zugleich mit der Akzeption bestimmt. So mit Recht Sohm in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. XVII S. 47; Kühn in den Dogm. Jahrb. Bd. XVI S. 10; Regelsberger, Handbuch Bd. II S. 426.

¹⁾ Die *lex 3 § 12 dig. de acquir. vel. am. poss. 41, 2* weist ausdrücklich darauf hin, dass das *incertum* und das Unbekannte zwei verschiedene Dinge sind: *nec movere nos debet, quod quasdam etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt*.

²⁾ I. 78 (77) dig. de hered. instit. 28, 5. Auch bei Verträgen können die Parteien einzelne Punkte einer Nachtragsbestimmung vorbehalten. Dies kann so geschehen, dass bei dem Scheitern einer Verhandlung über den Nachtrag kein Vertrag vorhanden sein soll; dann liegt auch nicht einmal eine vorläufige bindende Abrede vor. Oder auch so, dass in diesem Falle die *naturalia negotii* statt des Nachtrages eintreten sollen (vgl. Kipp-Windscheid, Pandekten § 310 Anm. 6; Regelsberger, Handbuch II S. 479); dies ist eine endgültige vorläufige Abrede, ergänzt durch die *naturalia negotii*, unter der Bedingung, dass die Verhandlungen über den Nachtrag scheitern. In dieser Weise, also als bedingten Hauptvertrag werden wir auch den Vorvertrag bei wesentlich zweiseitigen Geschäften in vielen Fällen auffassen können. Freilich versprechen hier die Parteien nicht direkt, den in das Auge gefassten Hauptvertrag zu erfüllen, sondern nur ihn abzuschliessen (so mit Recht Thöl, Handelsrecht § 246 6. Aufl. S. 782), allein beides dürfte doch oftmals in seiner praktischen Bedeutung auf eins hinauslaufen und z. B. das Interesse an dem Abschlusse eines bestimmten Kaufes mit dem Interesse an seiner Erfüllung identisch sein, falls ersterer nur als Mittel zu der letzteren bedeutsam sein kann. Nur da, wo der Bruch des Vorvertrages nicht für das Erfüllungsinteresse haftbar machen soll, sondern bloss für das negative Vertragsinteresse, ist der zweiseitige Vorvertrag vom

schäftes¹⁾, d. h. ein in einzelnen Teilen stückweise zustandekommender Geschäftsabschluss vor.

Incertum ist also ein Geschäftsbestandteil dann, wenn weder in dem abgeschlossenen Geschäft selbst²⁾, noch in einer Nachtragsbestimmung ein untrügliches Auffindungsmerkmal für ihn zu finden ist³⁾.

Hauptverträge nach seinem Inhalte verschieden. Den zweiseitigen Geschäften wird man nach heutigem Rechte auch das verzinsliche Darlehen als eine Art von Kapitalmiete gleichstellen dürfen, zumal es sich auch schon nach römischem Rechte muss als Innominatkontrakt in dieser Weise haben auffassen lassen (vgl. Förster, Lehrb. d. pr. Privatrechts Bd. II § 137). Auch das pactum de mandato recipiendo lässt sich von dem Mandatsvertrage selbst nur dann unterscheiden, wenn sein Bruch nicht für das volle Erfüllunginteresse haftbar machen soll. Was aber die Verträge über Gewährung eines unverzinslichen Darlehns, eines Kommodats oder überhaupt einer Sache behufs späterer Rückgabe, auch über Annahme eines Depositum betrifft, so sind sie sicherlich von den Hauptverträgen unterschieden. Sind sie nicht einfach Mandatsverträge? Macht es einen Unterschied, ob ich aus Gefälligkeit vestimenta polienda (l. 22 dig. de pscr. v. 19, 5) oder mutuum dandum oder rem apud me deponendam verspreche? Würde sich nicht so die Widerruflichkeit dieser Verträge gegen Entschädigung, welche für den erstgenannten vielfach behauptet ist (vgl. z. B. Regelsberger, Handbuch II S. 419 Anm. 15), quellenmässig begründen lassen? Da jedes unentgeltliche Versprechen einer Handlung ein Mandat sein kann, so liessen sich diese Fragen bejahen. Anders jedoch BGB. § 610. — Über die Selbständigkeit des „Vorvertrages“ vgl. namentlich Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. S. 775 Nr. II. („Der Vorvertrag wird hier als ein selbständiger Vertrag gedacht werden.“) Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrages, Freiburg 1871; Göppert, KrVJSchr. Bd. 14 S. 400—428; Windscheid-Kipp, Pandekten 9. Aufl. § 310 Anm. 1a.

¹⁾ Vgl. über diesen Begriff Ihering, Geist des röm. Rechts 3. Aufl. Bd. III § 53 S. 158; Köppen, Jahrb. f. Dogmatik Bd. 11 S. 142 ff.; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 5 ff.; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 294; Bruns, Pandektenfragmente S. 457. In dieser Weise können nach BGB. nachfolgende Testamente die früheren ergänzen. § 2086 BGB.

²⁾ Ob er in der blossen Offerte noch nicht in auffindbarer Weise bestimmt ist, ist gleichgültig.

³⁾ Es gibt also indirekt mit Sicherheit bestimmte Dinge, welche trotzdem incerta sind. Vgl. l. 26 dig. de acqu. poss. 41, 2. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradem: quidquid mei iuris in eo fundo est; nam qui ignorat, nec tradere nec accipere, id quod incertum est potest. Hier ist das Traditionsobjekt allerdings bestimmt, doch lässt es sich aus dem Inhalte der gepflogenen Abrede nicht fixieren, man muss zu

Diese Unzulässigkeit von Rechtsgeschäften über res incertae¹⁾ ist jedoch eine Ausnahme; der Regel nach ist jeder Vertragsbestandteil selbst dann bestimmt genug, wenn er auch nicht nach dem Vertragsinhalte allein, sondern nur im Zusammenhange mit anderen nicht aus der Abrede ersichtlichen Umständen, welche in Gegenwart, Vergangenheit oder Zukunft liegen können, auffindbar ist²⁾.

Hiermit steht nicht im Widerspruch, dass die blosser Hingabe einer Blankounterschrift nicht verpflichten kann. Da der Vertrag ein consensus plurium in idem ist, so muss dies idem schon bei der ersten bindenden Erklärung auffindbar sein. Es kann ja vielleicht alternativ bestimmt sein — so, wenn nach der Abrede der eine Kontrahent nach seiner Wahl eine von mehreren Vertragsnormen für gültig zu erklären befugt ist³⁾, — oder es kann auch in einer und derselben lex contractus ein Punkt des Ganzen alternativ oder auch generisch bestimmt sein. Immer aber muss das idem, auf welches consentiert wird, bei dem Konsense ermittelt werden können. Wenn dagegen eine blosser Blankounterschrift ausgestellt ist, damit der Mitkontrahent die Vertragsnorm darüber setze, so lag bei der Unterschrift dieser Urkunde noch kein Ge-

diesem Zwecke anderweitige tatsächliche Feststellungen machen. — Warum diese Entscheidung getroffen ist, dürfte nicht zweifelhaft sein. Die Quellen nennen das jus possessionis eine res facti (nicht ein factum), d. h. ein Ding, dessen Voraussetzungen nicht nach dem Inhalte der Rechtssätze, sondern nach der Beschaffenheit tatsächlicher Zustände und Lebensgewohnheiten bestimmt werden (vgl. Ihering, Über den Grund des Besitzschutzes, Jena 1869 II. Aufl. S. 179 ff.; Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880 S. 33 ff.). Als ein solches kann es nur da Platz greifen, wo der Besitzer darüber, wie weit seine Macht reicht, jederzeit Auskunft zu geben imstande ist, was bei der traditio incertae partis nicht bewirkt wird. Ähnlich auch l. 3 § 2 dig. de adquir. vel amittenda possessione 41, 2. Vgl. auch das Beispiel eines incertum in der l. 115 pr. dig. de verb. obl. 45, 1.

¹⁾ Vgl. auch noch l. 6 pr. dig. de conf. 42, 2.

²⁾ Der Verkauf des quidquid Sempronii juris in eo fundo est ist also gültig, l. 48 dig. de act. empti 19, 1. Man denke auch an die emptio spei oder rei speratae.

³⁾ Dies kommt im Handelsrechte namentlich vor bei dem zweiseitigen Prämiengeschäften, dem Stellgeschäften und ähnlichen Verträgen. Vgl. Thöl, Handelsr. Bd. I 6. Aufl. § 291 S. 978, 979.

danke vor, mit dem der Unterschreibende sich einverstanden erklären könnte, also war kein consensus in idem möglich. Höchstens könnte man eine Beistimmung zu einem Inhalte denken, der sich auf alles nur irgend mögliche richtet. Ein so gefährliches Geschäft kann aber im Zweifel nicht als möglich gelten¹⁾.

Die scharfe Unterscheidung zwischen der *lex contractus* und der Unterwerfung unter ihren Inhalt ermöglicht auch allein die mit Unrecht von vielen Seiten gänzlich verworfene Unterscheidung zwischen Stellvertretung²⁾ und Beihilfe zum Vertragsschlusse. In dem Widerspruche gegen diese Unterscheidung liegt ein richtiger Gedanke³⁾. Man unterscheidet nicht genug

¹⁾ Abweichend die erste Auflage.

²⁾ Vgl. über das Folgende namentlich Thöl, *Handelsr.* Bd. I 6. Aufl. §§ 69, 70, 72 Nr. 2 und die dort § 70 Anm. 1 zit.; ferner Ihering, *Dogm. Jahrb.* Bd. II S. 70 ff.; Zimmermann, *Stellvertret.* neg. gest. S. 19 ff.; Regelsberger, *Handb.* II S. 397. Jetzt Mitteis, *Die Lehre von der Stellvertretung* 1885 und die in Anm. 3 und S. 164 Anm. 2 Genannten.

³⁾ Vgl. namentlich die beachtenswerten Ausführungen Hellmanns, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, München 1882 S. 1 ff., und die bei Kipp-Windscheid 9. Aufl. § 73 Genannten; auch Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, Leipzig 1881, und gegen eine ähnliche Behauptung Behrends (*Handelsr.* § 49 Nr. 1); Regelsberger, *Handb.* II S. 398 Anm. 10, sowie die Rezensionen der erstgenannten beiden Schriften durch Baron in der *KrVJSchr.* Bd. 23 S. 511 ff., Bd. 24 S. 40 ff. Der rein terminologische Streit über den Umfang des Begriffs, welchen man als Stellvertretung bezeichnen durfte (vgl. Ihering, *Dogm. Jahrb.* Bd. 1 S. 277 Anm. 4), war, da wir in Deutschland für solche Fragen eine entscheidende Instanz nicht besaßen, von dem Erlasse des Gesetzbuchs völlig aussichtslos. Man musste sich der üblichen Redeweise möglichst anschließen, also z. B. gegen die von Hellmann a. a. O. S. 99 verlangte Ausschliessung des Stellvertretungsbegriffes von dem durch Stellvertreter vollzogenen Besitzerwerbe protestieren, konnte aber im übrigen aus dem blossen Namen nichts folgern, da er einen ganz unjuristischen Begriff deckte. Vgl. Kipp-Windscheid, *Pandekten* § 73 Anm. 2, und Schlossmann in *Grünhuts Zeitschr.* Bd. 9 S. 549. Inzwischen hat das BGB. eine neue feste Grundlage für eine Begriffsbestimmung des Vertreters geschaffen. Vgl. hierzu des Verf. allg. Teil des BGB., Berlin 1900 S. 295 ff.; Schlossmann, *Die Lehre von der Stellvertretung*, 2 Bände, Leipzig 1900, 1902; Manigk, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte*, Breslau 1901 S. 297 ff.; Kohler, *Lehrb. des bürgerl. R.* I S. 430 ff.

den Stellvertreter im Vertragsantrage¹⁾ von dem Boten, der den Auftrag hat, nicht bloss wie ein lebendiger Brief zu wirken²⁾, sondern den Vertragsinhalt durch Verhandlung mit der andern Partei festzusetzen und ihn sodann seinem Herrn zur Billigung vorzulegen. Wird der Inhalt vorher von der andern Partei genehmigt, so kann derselbe Bote zugleich Überbringer dieser Genehmigung sein. Diese Genehmigung stellt dann den wahren Vertragsantrag dar, den der Bote im Auftrage des andern Teils seinem Absender zur Annahme überbringt. Auf diesem Wege mag man sich bei Vertragsschlüssen geholfen haben, als es eine direkte Stellvertretung noch nicht gab³⁾.

¹⁾ Seine Stellvertreternatur wurde in Anlehnung an Hellmanns Forschungen in der 1. Auflage mit Unrecht bestritten. Wer durch einen Willensakt seinen Auftraggeber an einen Antrag bindet, dessen Inhalt dieser nicht zuvor gebilligt hat, ist ein Vertreter, kein blosser Gehilfe des Vertragsabschlusses (richtig Dernburg, Heidelberg, *Krit. Zeitschr.* Bd. I S. 19).

²⁾ Vgl. Cujacius, *opera Neapoli*, 1758 t. VIII p. 325, c. *Epistola tacitus nuntius ut Epictetus Adriano Imperatori respondit*. Windscheid a. a. O. *Pandekten* § 73 Anm. 2 sprach von Stellvertretung „in der Erklärung“ im Gegensatz zu derjenigen „im Willen“.

³⁾ Der Verfasser möchte alle diejenigen Stellen, welche von Mittelspersonen reden, die nicht bloss Boten der Offerte und auch nicht Kontrahenten zugunsten Dritter sind (l. 7 pr. dig. de neg. gestis 3, 5; l. 14 § 3 dig. de pec. const. 13, 5; l. 84 dig. pro socio 17, 2; l. 63 pr. dig. de contr. emptione 18, 1; l. 21 pr. dig. de pignor. 20, 1; l. 18 dig. de sponsal 23, 1; l. 6 § 1 dig. de precario 43, 26; l. 1 § 11 dig. de depos. 16, 3 etc.; vgl. Hellmann S. 43 ff.), nicht als positive Aufnahmebestimmungen betrachten — als solche treten sie nicht auf —, sondern als Fälle, in der die Mittelsperson zwar kein Vertreter, aber doch mehr als ein gewöhnlicher Bote war, weil sie am Vertragsinhalte arbeitete. Darum erklärt es sich auch, warum so selten Spezialvertreter in den Quellen erwähnt werden, wohl aber so oft Generalvertreter, Instatoren und Schiffskapitäne. Bei den Generalbevollmächtigten war nämlich jene Art des Geschäftschlusses mit jedesmaliger besonderer Meldung an den Prinzipal nicht tunlich, daher mussten gerade sie nach dem Satze: „per liberam personam nihil nobis acquiritur“ den Erwerb und die Verpflichtung auf sich selbst nehmen und für, sowie gegen die Herren eigene actiones utiles und adjectae geschaffen werden. Dass hiernach die Römer die direkte Stellvertretung im Geschäftsabschlusse nicht kannten, dürfte durch Hellmann (a. a. O. S. 80 ff.) nicht widerlegt sein. Das neuere Gewohnheitsrecht hat die Haftung des Prinzipals beibehalten und das in Rom noch nicht durchgebildete Forderungsrecht des Herrn aus den Verträgen des Vertreters in durchaus angemessener Weise verallgemeinert (vgl. Baron, *Pandekten* § 221 I 2), dagegen die

Wir müssen hier in Berücksichtigung der Redeweise des neuen Gesetzbuchs die Vertreter im nichtjuristischen Sinne des Wortes von den rechtserheblichen Vertretern sondern und unter diesen wieder die Vertreter im Geschäftsabschlusse von den Vertretern in der Rechtsausübung und in der Pflichterfüllung. Bei dem Vertragsschlusse ist nur der ein Vertreter, also nach § 165 BGB. der Geschäftsfähigkeit bedürftig, der dem Geschäftsherrn gerade denjenigen Akt erspart, den der Römer consensus und das BGB. Antrag oder Annahme nennt. Alle anderen Gehilfen vertreten ihren Herrn zwar in seinen Interessen, nicht aber im Vertragsabschlusse.

Die oben geschilderte Hilfsperson, die den Vertragsinhalt aufsetzt, aber nicht verbindlich macht, unterscheidet sich hier nach von dem Boten nur durch solche Umstände, die für sich allein einen Gehilfen noch nicht zum Vertreter machen. Sie überbringt die Vollmachtserklärung zur Herstellung der festzusetzenden Vertragsnorm. Das ist ein blosser Botendienst. Ja selbst dieser fällt weg, wenn der Herr den Dritten im voraus direkt aufgefordert hat, mit dem Gehilfen zu verhandeln. Dass der Bote die Vertragsnorm festsetzt, macht ihn nicht zum Vertreter. Andererseits verfasst der Stellvertreter nicht immer die *lex contractus*, den sog. „Vertragswillen“¹⁾. Allein auch wenn dies geschieht, so tut er nichts anderes, als ein blosser Konzipient, welcher seinem Herrn die Vertragsurkunde entwirft, ohne bei der Abrede beteiligt zu sein, er tut es nur bei einer anderen Gelegenheit²⁾. Nur wenn er daneben auch den Entschluss fasst, welcher das Geschäft für den Herrn verbindlich macht, ist er dadurch ein wahrer Vertreter. Auch bei

Haftung des Stellvertreters selbst, sowie sein damit notwendigerweise verbundenes Klagerecht beseitigt. Dadurch hat sich freilich die Zahl unsolider Geschäfte, welche Stellvertreter ohne pekuniäre Deckung abschliessen, sehr vermehrt, ebenso die gewissenlose und liederliche Wirtschaft der Vertreter zum Nachteile des Herrn.

¹⁾ Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. S. 239 § 70 Anm.

²⁾ Diese Geschäftsabfassung ist ein blosses ministerium, kein *contrahere* (l. 15 dig. de pec. const. 13, 5); vgl. Regelsberger, Handb. 2 S. 397 Anm. 7) und über den Begriff des Vertragsgehilfen des Verf. Festschr. Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, Leipzig 1892, und seinen allg. Teil, Berlin 1900 S. 295, 299.

der Entgegennahme einer Antwort auf die Offerte zeigt es sich, ob die Mittelsperson ein wahrer Stellvertreter ist. Geht die Antwort nicht an sie, sondern an den Herrn zurück, so ist sie es nicht. Auch dann nicht, wenn sie mit der Offerte ihr Geschäft erledigt hat und die Überbringung der Antwort nur im Interesse des Rücksenders, z. B. von diesem dafür bezahlt, als dessen Bote übernimmt. Sie kann aber auch für die Antwort ein bloss holender Bote, kein Stellvertreter des Fragenden sein. Dies musste sie nach römischem Rechte sein, sofern das Geschäft durch sie zustande kommen sollte, so dass also dem Empfänger des Antrages immer die Möglichkeit des Widerrufs der Antwort bis zu deren Ankunft bei dem Antragssteller verblieb¹⁾. Nach heutigem Rechte braucht die Mittelsperson es nicht mehr zu sein, sie kann der Regel nach als wahrer Stellvertreter in dem Vertragsabschlusse die Antwort mit bindender Kraft entgegennehmen²⁾, und es ist im Zweifel anzunehmen, dass sie dies will. Heutzutage werden wir also eine Mittelsperson, welche die Antwort auf einen Antrag im Auftrage des Antragstellers entgegennimmt, nur dann nicht für einen Stellvertreter, sondern für einen blossen Boten der Antwort halten müssen, wenn es ausgemacht oder nach Lage der Sache verabredet ist, dass sich der Dritte das Recht zu dem Widerruf seiner Antwort bis zu ihrer Ankunft bei dem Geschäftsherrn vorbehält, oder auch, wenn die Mittelsperson wegen Handlungsfähigkeit nicht imstande ist, bindende Erklärungen entgegenzunehmen, also nur als Bote der Antwort auftreten kann³⁾. Sonst liegt eine wahre und nach heutigem Rechte direkte Stellvertretung in dem Vertragsabschlusse vor⁴⁾.

¹⁾ Auf diesen Weg des Vertragsschlusses durch freie Mittelspersonen scheint auch die berühmte *lex 53 dig. de acquirendo rerum domino 41, 1* hinzudeuten. Auch die bekannte Ansicht Savignys (*System Bd. 3 S. 90 ff.*) beruhte wohl auf einer Verwechslung der Boten, die den Vertragsinhalt mit wahren Vertretern herstellen.

²⁾ Auch wer namens eines anderen seitens eines Dritten mit bindender Kraft Vertragsanträge entgegennimmt, ist ein wahrer Stellvertreter.

³⁾ Z. B. *infantes* und wahnsinnige Mittelspersonen; vgl. über diese Frage Thöl, Handelsrecht § 75 Anm. 3; Hellmann a. a. O. S. 145 ff. und die dort Angeführten; Ihering, *Jurisprudenz des täglichen Lebens IV Nr. 14.*

⁴⁾ Über den Unterschied zwischen direkter und indirekter Stellvertretung

c) Der Einfluss des Irrtums auf den Vertragsschluss¹⁾.

§ 8.

Wir gelangen nunmehr zu dem eigentlichen praktischen Zielpunkte der vorstehenden Ausführungen.

Die römische Irrtumslehre, soweit sie sich auf nichtige Verträge bezieht, könnte denkbarer Weise auf zwei verschiedene Arten gestaltet sein. Es wäre möglich, dass es für den Irrtum bei Vertragsschlüssen römische Vorschriften gab, die auf besonderen legislatorischen Gründen beruhten. Es wäre andererseits aber auch möglich, dass solche Sondervorschriften im römischen Rechte fehlten und dass man also den Irrtum als Ursache nichtiger Vertragsschlüsse lediglich aus Folgerungen der allgemeinen Rechtsnormen über die Vertragsschlüsse entnahm.

Welchen dieser beiden Wege das römische Recht eingeschlagen hat, das lässt sich nur beantworten, wenn man das gesamte Quellenmaterial über den Irrtum bei Verträgen nach diesem Gesichtspunkte einer genauen Prüfung unterzogen hat.

Dieser Aufgabe ist der zweite Teil dieser Schrift gewidmet. Wir werden dort finden, dass Sondervorschriften über den Irrtum als Ursache nichtiger Verträge nicht bestehen, sondern dass alle Quellenentscheidungen über diesen Gegenstand nichts sind, als die notwendige logische Konsequenz des einen Satzes: *pactum est duorum pluriumve in idem placitum et consensus*.

Hier wollen wir zunächst nur feststellen, welche Regeln der Irrtumslehre sich aus diesem Satze, wenn man ihn richtig übersetzt, ergeben, also gelten müssen, falls nichts Besonderes bestimmt ist²⁾. Diese müssen auch nach dem BGB. gelten, da dieses nur den Irrtum als Anfechtungsgrund regelt und die

einerseits und Verträgen zugunsten Dritter vgl. Zimmermann, *Stellvertr. neg. gestio* S. 84 ff., dem Regelsberger im *Handb. d. Handelsr.* 2 S. 474, 475 zustimmt, und des Verf. Ausf. in Ecks Vortr. Bd. I § 62 S. 313, woselbst sich Literaturangaben finden, auch des Verf. Schrift, die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, Leipzig 1892.

¹⁾ Vgl. Hartmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 20 S. 44 ff., namentlich S. 49.

²⁾ Der demnächstige Beweis, dass sie wirklich gelten, wird dann zugleich einen durchschlagenden Grund für die Richtigkeit ihrer Prämissen liefern.

Frage offen lässt, wann er einen nichtigen Vertrag verursacht und in der Abrede ebenfalls einen *consensus plurium* in idem erblickt.

Gleichgültig für die Nichtigkeitsfrage muss nach der Definition des *consensus* jeder Irrtum sein, der den Tatbestand und den Inhalt des Vertrags nicht berührt, ein Nichtigkeitsgrund ist dagegen jeder Irrtum, welcher die Entstehung eines *consensus* hindert¹⁾ und welcher nach dem Vertragsinhalte dessen Kraft zerstört. Weder der eine noch der andere Fall liegt vor bei blosser innerer, bei dem Vertragsschluss nicht erkennbarer Differenz der Meinungen, falls gleichzeitig der Sinn der Äusserungen sich deckt und das Verkehrsinteresse es verbietet, auf die innere Sachlage zurückzugehen. Ein Nichtigkeitsfall liegt auch dann nicht vor, wenn der Antrag rund abgelehnt wird, allein auch dann nicht, wenn der Antrag und die Antwort ihrem Sinne nach schlechtweg nicht übereinstimmen; dann ist vielmehr nach dem beiderseits erklärten Parteiwillen eine Einigkeit noch nicht erzielt, sondern zugleich mit einer Ablehnung des Antrags²⁾ ein Gegenantrag gemacht worden. Ein rechtserheblicher Dissens kann also nur dann vorliegen, wenn die Akzeption zugleich zwei einander widersprechende Äusserungen in sich enthält, nämlich erstens den Gedanken, dass der Antwortende der vorgeschlagenen Vertragsnorm zustimme und zweitens Äusserungen, aus denen hervorgeht, dass er in Wahrheit dem Antrage doch nicht zustimmt, dass er nämlich nur unter andern Bedingungen oder auf einen andern Geschäftsinhalt, als ihm vorgeschlagen ist, sich einlassen will und nur deshalb das geschehene Anerbieten billigt, weil er glaubt, dass ihm eine ganz andere Vertragsnorm vorgeschlagen worden sei. Sonst würden ja jene widersprechenden Auslassungen nicht in seiner Äusserung nebeneinander stehen können³⁾.

¹⁾ Über die verschiedene Form einer solchen Hinderung verweist der Verf. auf seinen allg. Teil, Berlin 1900 S. 469 ff., und die deutsche Juristenzeitung von 1905 S. 20 ff.

²⁾ Dem Texte entsprechen jetzt die §§ 150, 2 und 154 des BGB.

³⁾ So z. B. wenn A dem B seinen Schimmel zum Kauf für einen gewissen Preis offeriert, und dieser antwortet, dass er den ihm angebotenen Rappen hiernit kaufe. Es wird dies meist nur bei zweideutigen Erklärungen

Freilich kann, da eben alles auf den Sinn der Auslassungen ankommt, nicht jede Abweichung des eingebildeten von dem wirklichen Vertragsvorschläge einen Widerspruch der beiden Äusserungen zur Folge haben; sondern es sind namentlich drei Fälle, in denen der Antragsempfänger eine falsche Vertragsnorm für vorgeschlagen halten und ihr zustimmen kann, ohne dass demnächst anzunehmen ist, dass er sie abgelehnt habe.

Zunächst dann, wenn die eingebildete Vertragsnorm für ihn nachteiliger ist, als die wirklich proponierte ¹⁾.

Sodann, wenn der Antragsteller zwar bemerkt, dass der andere Teil den Antrag missverstanden und bloss deshalb ohne weiteres angenommen hat, aber trotzdem glauben muss, dass dies für den Vertragswillen des Irrtenden gleichgültig ist, weil dieser, obwohl er irrte, doch das vorgeschlagene Geschäft immer noch lieber will, als gar keines ²⁾.

Ein dritter Fall unschädlichen Dissenses ist aber nach dem Begriffe des Konsenses dann anzunehmen, wenn der Empfänger des Antrags, nachdem er offenbar etwas anderes aus Versehen angenommen hatte als angeboten war, sein Missverständnis bemerkt und noch nachträglich dem wirklichen Antrage zustimmt;

vorkommen, bei so klaren, wie die oben angegebenen es sind, nur selten. So z. B. wenn A dem B sein Haus anbietet, zwei Häuser hat und jeder an ein anderes denkt.

¹⁾ Arg. I. 52 locati conducti 19, 2. In eo quod plus est semper inest et minus I. 110 pr. Dig. de reg. juris 50, 17. Die Beistimmung zum ungünstigen Vorschläge stimmt dem günstigen erst recht bei.

²⁾ Dies wird dann der Fall sein, wenn sich die Abweichung auf einen untergeordneten Punkt bezieht, z. B. wenn der Akzeptant glaubte, dass auf einer ihm zum Kaufe angebotenen Herrschaft einige Hühner oder Enten mehr vorhanden sind, als es der Fall ist; Kipp-Windscheid (Pandekten § 386 Anm. 4) lehrt zwar in bezug auf lex 9 pr. dig. de contr. empt. 18, 1 (vgl. auch Seufferts Archiv Bd. XIII Nr. 139), dass der Kauf auch bei dem Dissense über Nebenpunkte nichtig sei, er versteht aber dort unter Nebenpunkten alle anderen Bestimmungen, als die Festsetzung von Ware und Preis; dass auch hinsichtlich solcher Bestimmungen (z. B. der Festsetzung einer Gültigkeitsbedingung) nach dem in dem Texte Ausgeführten ein Dissens möglich ist, ist zweifellos. Bei dem Dissense über gleichgültige Nebenpunkte werden aber die Römer schwerlich von einem dissentire in ipsa emptione gesprochen haben (vgl. auch Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen I S. 134 ff.). Dem Texte entspricht jetzt § 155 BGB.

dem unmöglich kann er es gewollt haben, dass er, das Opfer des Missverständnisses, sogar noch wider seinen Willen um die Vertragsgültigkeit kommen soll ¹⁾. Es ist also anzunehmen, dass ein Akzeptant die ihm unbekannt angebotene lex contractus, auch wenn er sie verkennt, doch für den Fall gelten lassen will, dass er sie etwa später nach Entdeckung seines Irrtums festhalten sollte, falls er nur, darüber befragt, dies dem Antragsteller in angemessener Frist mitteilt ²⁾. Nur für den andern Fall, dass er den Antrag auch später nicht anerkennen will, lehnt er ihn ab ³⁾. Dies entspricht seinen Wünschen und bildet also den Inhalt seines Willens.

Diese bloss relative, d. h. vom Wunsche der irrenden Partei abhängige Kraftlosigkeit des Geschäfts macht es zweifelhaft, ob nicht schon nach gemeinem Rechte der Irrtum niemals ein Nichtigkeitsgrund, sondern immer nur ein Anfechtungsgrund war ⁴⁾.

Diese Frage hängt nicht bloss davon ab, welchen Einfluss man dem Irrtum beimisst, sondern auch von dem Unterscheidungsmerkmale zwischen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit.

Die Frage nach diesem Merkmale ist erst unten gestellt und beantwortet (vgl. § 16).

¹⁾ Wer mir eine vergoldete Uhr verkauft, welche ich in erkennbarer Weise für eine goldene halte, kann unmöglich noch obendrein wider meinen Willen das Geschäft aufrufen dürfen. Dieser Umstand hat übrigens viel dazu beigetragen, die Nichtigkeit bei irrigen Vertragsschlüssen mit der Anfechtbarkeit verwechseln zu lassen. Näheres im 2. Bande.

²⁾ Diese letztere Einschränkung muss gemacht werden, weil bei einer richtigen Willensinterpretation (s. die folgenden Paragraphen) anzunehmen ist, dass der Offerent sich nur einer so beschränkten Akzeption unterworfen hat. Sie ist nicht zu verwechseln mit der unverzüglichen Anfechtung wegen Irrtums, die das BGB. verlangt. Hier ist nur von der Nichtigkeit die Rede.

³⁾ Die bloss relative Nichtigkeit der Verträge wegen Dissenses ist also eine noch allgemeinere, als Brinz, Pand. S. 1409, annimmt.

⁴⁾ Vgl. hierzu namentlich Regelsberger, Pand. Bd. I S. 513 ff.; Dernburg, Pandekten Bd. I S. 238 Anm. 17; Manasse, Die Anfechtung wegen Irrtums bei Geschäften des Vermögensrechts nach dem BGB., Breslau 1906 S. 43 und die dort Genannten.

Schon hier muss aber folgendes festgestellt werden¹⁾:

Eine scharfe Unterscheidung zwischen nichtigen und anfechtbaren Geschäften ist im römischen Rechte überhaupt noch nicht ausgesprochen. In der deutschen zivilistischen Wissenschaft wurde sie angebahnt, wobei die kanonistische Redeweise weiterhin an ihren besondern Quellen festhielt, so dass auch noch im BGB. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bei Eheschliessungen etwas anderes bedeutet, als bei anderen Rechtsgeschäften.

Während nunmehr der Unterschied dieser stärkeren und schwächeren Mangellhaftigkeit sich noch in vollen Geburtswehen befand²⁾, hat das BGB. hier einen festen Standpunkt eingenommen und seitdem eine gemeinverständliche Unterscheidung von „nichtig“ und „anfechtbar“ überhaupt erst möglich gemacht³⁾.

Es ist bekannt, dass die Anfechtbarkeit des BGB. die Kraft des anfechtbaren Geschäftsinhalts von einem Willensakte einer Partei abhängig macht, die Kraft des nichtigen aber auch ohne einen solchen Akt verneint.

Man könnte nun meinen, dass eine Parteiäusserung, welche (ausdrücklich oder stillschweigend) ein Geschäft bei Aufklärung eines Irrtums nicht entstehen lassen oder wegfallen lassen will, nunmehr ihren Charakter als gesetzliche Vorbedingung der Nichtigkeit verloren habe und nach BGB. als ausdrücklicher oder stillschweigender Anfechtungsvorbehalt anzusehen sei.

Als solcher müsse er aber, so könnte man weiterhin glauben, unter die Vorschriften des § 119 fallen. Daraus würde dann folgen, dass es Nichtigkeitsgründe bei Irrtümern niemals mehr gäbe, sondern dass nach BGB. alle Fälle des für die Geschäftsgeltung wesentlichen Irrtums unter die Anfechtungsgründe fallen.

¹⁾ Vgl. hierzu des Verf. allg. Teil des BGB., Berlin 1900 S. 428 ff.

²⁾ So z. B. zweifelten manche an der Möglichkeit der relativen Nichtigkeit. A. M. mit Recht neuerdings auch Eccius, Beiträge zur Erl. des d. R. Bd. 50 S. 481 ff.

³⁾ Vgl. hierzu Martin Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte, Breslau 1900 (Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts Heft 2), und des Verf. Ausführungen in Kohlers Archiv f. bürgerl. R. Bd. 10 S. 1 ff.

Damit würde dann nach BGB. der gesamte Inhalt des ersten Teiles dieser Schrift völlig gegenstandslos sein.

Zur Widerlegung dieser falschen Ansicht wird es sich empfehlen, zwei Arten des Irrtums zu scheiden, die von der herrschenden Meinung ebenfalls geschieden werden: 1. den Irrtum über einen Punkt des Geschäftsinhalts, 2. den Irrtum in sonstigen Beweggründen, die den Inhalt nicht berühren.

Der erstgenannte Irrtum muss, wie wir sehen, noch immer in zwei Fällen Nichtigkeit und nicht bloss Anfechtbarkeit nach sich ziehen:

- a) wenn er einen Widerspruch der beiden Parteiäusserungen nach sich zieht,
- b) wenn er einen völlig zweideutigen Inhalt der Äusserungen nach sich zieht und dieser Mangel nicht durch Rückgriff auf eine innere Übereinstimmung der Parteien geheilt werden kann.

Ein anfechtbares, d. h. vorläufig gültiges Geschäft ist hier unmöglich, weil tatsächlich nicht feststellbar. Wessen Äusserung oder Meinung sollte wohl hier gelten? Die des einen oder die des anderen? Oder sollte man etwa gar zwei Geschäfte annehmen, so dass jemand, der eine Wiese verkauft und zwei besitzt, nunmehr bei Meinungsverschiedenheit beide übertragen muss, jede zu dem vereinbarten Preise?¹⁾

Es wird also hier auch nach BGB. bei der Nichtigkeit des Geschäfts bleiben müssen und daher durchaus gleichgültig sein, ob die beteiligte Partei den entdeckten Irrtum unverzüglich hervorhebt oder nicht.

Etwas anders steht die Sache bei irrigen Beweggründen, die den Geschäftsinhalt zwar nicht entstellen, aber doch zu Gültigkeitsbedingungen gemacht sind.

Wir unterscheiden folgende beiden Fälle:

- a) Die Bedingung ist ausdrücklich erklärt, z. B.: „Ich nehme diese Uhr nicht, wenn sie nicht geht“. Man darf hier auch nach BGB. nicht den Käufer haften lassen, wenn er etwa die unverzügliche Anzeige des entdeckten Mangels,

¹⁾ Dagegen kehrt sich Paulus in der berühmten lex 3 D. de rebus dubico 34, 5: In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat, quod volumus.

an dessen Abwesenheit er glaubte, versäumt. Anderenfalls würde man der klaren Parteistimmung in das Gesicht schlagen.

- b) Stillschweigend muss m. E. dieselbe Bedingung gelten, wenn sie der Verkehrssitte entspricht.

Vielleicht werden manche einwenden, dass solche Sitten nach dem BGB. nicht gelten, weil sie denselben Bedürfnissen dienen, denen das BGB. durch § 119 abhelfen wolle.

Eine solche Ansicht steht m. E. im Widerspruch mit § 157 BGB., der eine Ausnahme für besondere Verkehrssitten nicht kennt. Sie steht aber auch im Missklang mit den Bedürfnissen des Verkehrs; denn die Hilfe des § 119 ist, wie wir im zweiten Bande sehen werden, in beklagenswerter Weise verklausuliert, während die Hervorkehrung der Nichtigkeit als Unwirksamkeitsgrund viel leichter ist.

Eine solche Vorkehrung ist überhaupt kein Willensakt wie die Anfechtung. Äusserlich gleicht sich freilich beides wie ein Ei dem andern. Ein Jurist sieht aber den Unterschied, der zwischen Behaupten und Wollen besteht. Er weiss z. B., dass zu ersterem eine Geschäftsfähigkeit nicht gehört, wohl aber zu letzterem. Und dies würde gerade bei dem angegebenen Beispiel von Bedeutung sein. Hat ein Verschwender eine Sache mit Zustimmung des Vormunds gekauft, so darf er für sich allein das Geschäft nicht anfechten (sonst könnte er sich den Kaufpreis ohne Wissen des Vormundes aneignen). Dagegen darf er die Annahme der Sache ablehnen, wenn eine Geschäftsbedingung ausgefallen ist. Gleichgültig ist dabei, ob diese Bedingung zufälligerweise in der Aufklärung eines Mangels besteht, dessen Gegenteil (ebenfalls zufälligerweise) durch Irrtum angenommen wurde.

Alles bisher Gesagte lässt sich in dem einen Satz zusammenfassen:

Eine Nichtigkeit wegen Mangels übereinstimmender Äusserungen liegt dann vor, wenn der Antragsempfänger in erkennbarer Weise dem Vorschlage nur darum beigestimmt hat, weil er eine unerlässliche Vorbedingung seiner Zustimmung irrigerweise voraussetzte, nicht aber, wenn er auch im Irrtumsfalle zustimmen wollte.

Allein noch in anderer Weise würde nach dem Vorstehenden ein Vertrag wegen Irrtum nichtig sein. Es ist zweifellos, dass Parteien einen Vertrag unter der beiderseitigen Voraussetzung eines gegenwärtigen oder vergangenen Umstandes so abschliessen können, dass er bei Unrichtigkeit des Vorausgesetzten wegen Bedingungsausfalles erfolglos sein soll. Dies muss natürlich auch dann der Fall sein, wenn beide die Bedingung irrtümlicherweise für erfüllt hielten und sie nur aus grösserer Vorsicht einschoben, weil sie ihrer Sache nicht ganz sicher waren. Hier entkräftet nicht der Irrtum, sondern der Bedingungsausfall das Geschäft, der Irrtum ist es aber, welcher den Abschluss verursacht hat.

In zwei Fällen erzeugt also der Irrtum nichtige Verträge: bei der mangelnden Beistimmung der Parteien zu den Erklärungen des andern Teils und bei der durch Aufklärung des Irrtums ausfallenden aufschiebenden oder eintretenden auflösenden Bedingung. Im ersten Falle hindert der Irrtum die Entstehung des Tatbestandes eines Vertragsschlusses, im zweiten ergibt sich seine Bedeutung aus dem Vertragsinhalte (sog. Unwirksamkeit)¹⁾.

Diesen Inhalt gewinnen wir aber durch Deutung und Gliederung der von den Parteien geäusserten Gedanken.

Die gestellte Aufgabe konzentriert sich also im weiteren in zwei Fragen:

- a) Wie legt man die Verträge aus?
- b) Wie stellt man insbesondere das Vorhandensein von Bedingungen fest? Inwieweit können namentlich auch vergangene Umstände zu Bedingungen gemacht werden?

Diesen Fragen ist der nächste Abschnitt gewidmet.

¹⁾ Vgl. des Verf. allgemeinen Teil des BGB., Berlin 1900 S. 478 ff.

Zweiter Abschnitt: Der Vertragsinhalt

I. Die Deutung des Vertragsinhalts

a) Die Auslegung ausdrücklicher Äusserungen¹⁾.

§ 9.

Die Auslegungskunst ist ein Ergebnis der Rechtsgeschichte. Zur Zeit der Bargeschäfte spielte sie eine geringe Rolle, die Tatsachen sprachen für sich ohne Deutung. Als die Rechtsgeschäfte stilistisch formuliert wurden und man noch „am Worte haftete“, galt das Gleiche. Erst mit den formlosen Verträgen und mit der freieren Deutung der Geschäftstypen entwickelt sich die Auslegungskunst.

Auch hier war sie zunächst Sache der Praxis. Allmählich verdichteten sich deren Gewohnheiten zu wissenschaftlichen Regeln. Schliesslich setzte der Gesetzgeber seinen Stempel darauf. So entstand auch § 133 BGB.: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“.

Diese Vorschrift ist nicht originell, ebenso wenig wie ihr handelsrechtliches Vorbild²⁾. Wenn Paulus sagte (Dig. X 4 ad exhibendum fr. 16) „non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire“, so meinte er etwas Ähnliches, wenn nicht sogar dasselbe.

¹⁾ Vgl. Brinz, Pandekten S. 1572 ff.; Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes Bd. II S. 386 ff. Bahnbrechend und im wesentlichen im Einklange mit dem Grundgedanken dieser Schrift ist das schon in zweiter Auflage vorliegende Werk von Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Jena 1906; vgl. namentlich auch v. Hollander, Zur Lehre vom error, Halle 1889 S. 37 ff.; Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 339, der den Standpunkt der ersten Auflage, ohne ihm unbedingt beizutreten, doch in seinem Grundgedanken gegen Lotmar, KrVJSchr. Bd. 25 S. 385 ff., verteidigt; Franz Leonhard, Die Beweislast, Berlin 1904 S. 294 ff., 328 ff.

²⁾ Art. 278 altes HGB.

Was aber bei ihm die mens dicentis und bei uns der „Wille“ bedeutet, ist keineswegs zweifellos.

Wir müssen also auf die praktischen Erwägungen zurückgehen, aus denen nach Lage der Quellen diese Sätze herausgewachsen sind.

In diesem Sinne stellen wir folgende Fragen:

1. Wer ist zur Auslegung berufen?
2. Was ist Auslegungsgegenstand?
3. Welches sind die Auslegungsmittel?
4. Welches ist das Auslegungsziel?

1. Die Auslegung ist in erster Linie Parteisache; denn die Geschäftspartei muss die Willensäusserungen des Geschäftsgenossen auslegen, um sich nach ihnen zu richten. Nur was sie dabei wahrnehmen kann, ist zu beachten. Man kann nichts auslegen, was man weder sieht noch hört.

Der auszulegende Wille kann daher für richtungsbedürftige Geschäfte nur das sein, was die angeredete Partei bei dem Erklärungsakte wahrnehmen kann, nicht der dahinter steckende verborgene Wille, von dem sie etwa später Kenntnis erhält¹⁾.

Der Wortlaut des § 133 BGB. sagt freilich nichts davon: Man muss es aber als selbstverständlich hinstellen, weil das Gegenteil unmöglich ist.

Bei nicht richtungsbedürftigen Erklärungen (z. B. Testamenten) entscheidet nicht der Zeitpunkt des Erklärungsaktes, sondern die Zeit, in der die Erklärung gelesen werden soll, damit man sich nach ihr richte. Auch hier kann der Befehl des § 133, den „Willen“ zu beachten, nur so verstanden werden, dass nichts Unmögliches befohlen ist.

Neben und hinter der Partei kommt auch der Richter zur Auslegung. Er darf aber dabei keine anderen Ergebnisse gewinnen, als die Partei selbst sie gewinnen musste, sonst würde er sie in unbegreiflicher Weise schädigen.

Es besteht also eine prästabilierte Harmonie zwischen der Parteiauslegung und der richterlichen Auslegung, die nicht verletzt werden darf.

¹⁾ Vgl. Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 342 und 348, über die Notwendigkeit, die Offerten und ähnlichen Erklärungen gerade in einem bestimmten Augenblicke aufzufassen und auszulegen.

2. Was ist auszulegen? Das Äusserungsergebnis, der vorangegangene erkennbare Wille oder das aus der Äusserung entstandene Rechtsgeschäft? In guter Redeweise ist das Äusserungsergebnis der eigentliche Auslegungsgegenstand, der Wille und das Rechtsgeschäft sind aber nur Auslegungsziele. Die Auslegung kann zu dem Ergebnisse kommen, dass ein Geschäftswille fehle oder ein Rechtsgeschäft nicht vorliege, wie ein Arzt bei der Diagnose die gesuchte Krankheit verneinen kann. Wille und Rechtsgeschäft werden bei der Auslegung gesucht und entweder gefunden oder verneint.

Gegenstand der Auslegung sind daher immer solche Äusserungsergebnisse, in denen man die Grundlagen eines wichtigen Gedankens vermutet.

Die auszulegenden Äusserungen zerfallen aber in zwei Klassen¹⁾, von denen nur die eine bei Rechtsgeschäften wichtig ist, die Berichte und die Triebfedern zu fremdem Verhalten, d. h. die erzählenden und die antreibenden Äusserungen (Bitten, Wünsche, Befehle, Anordnungen). Es ist dabei nicht bloss an juristische Äusserungen gedacht, sondern auch an Gesprächsrede des täglichen Lebens.

Zu den antreibenden Äusserungen gehören die Willenserklärungen. Manchmal versteht man unter Willen einen jeden Wunsch, in der Regel nur einen solchen, durch dessen Äusserung man sich selbst²⁾ oder andere zu einem bestimmten Verhalten nötigen will.

So verhält es sich z. B. mit allen Befehlen im Hause wie im Staate oder im Heere. So verhält es sich aber auch mit den rechtserheblichen Willensäusserungen.

Alle antreibenden Äusserungen unterscheiden sich aber von blossen Erzählungen oder Berichten dadurch, dass bei ihnen der Mitteilungswille nur ein Mittel zur Verwirklichung eines weitergreifenden Erfolgswillens ist.

Während also bei den Erzählungen und Berichten³⁾ anders

¹⁾ Vgl. zu dem Folgenden des Verf. Lehrb. Institutionen, Leipzig 1894 § 7 u. 8.

²⁾ Dies tut z. B. der Vertragsantrag, dagegen ist die Aufforderung zu einem solchen ein blosser Wunsch, noch kein Willen.

³⁾ Auch bei den bloss mitteilenden Pandektenstellen, weil ihnen die Gesetzesform fehlt und das, was bei ihnen als Gesetz gelten kann, erst durch Auslegung gefunden werden muss.

als bei Gesetzen oder Rechtsgeschäften, nur der mitzuteilende Gedanke vom Ausleger festzustellen ist, ohne Berichtigung und ohne Zutaten, wie wir dies bei historisch-philologischen Deutungen und bei der gewöhnlichen Lektüre festzuhalten gewohnt sind, gilt eine ganz andere Methode bei den Willens- oder Wunschesäusserungen; also z. B. den Polizeibefehlen, Wunschzetteln, Bettelbriefen und — last not least — den Geschäftsakten. Der erkennbare Zweck wirkt hier auf die Deutung des Mittels zurück. Wir fragen nicht: „Was will man uns mitteilen?“ sondern: „Wozu will man uns durch diese Mitteilung bestimmen?“

3. Die Auslegungsmittel sind sonach bei allen Willensäusserungen von dem anscheinend erstrebten Erfolge abhängig. Nicht bloss das Äusserungsergebnis ist zu beachten, sondern sein gesamtes „Milieu“, d. h. die Ereignisse und Zustände, die ihn umgeben, also nicht bloss das Verhalten des Urhebers der Äusserung, insoweit ihm dessen Beachtung erwünscht sein muss, sondern auch alles, was den Erfolgswillen aufklärt¹⁾.

Dies galt zwar nicht immer und bei allen Geschäften, wohl aber galt es für die *contractus bonae fidei*. Jetzt soll es bei allen Verträgen gelten (§§ 157, 242 BGB.).

Kann man nun den Inbegriff dieser Auslegungsmittel „Erklärungsinhalt“ nennen?²⁾ Oder heisst so nur das Ergebnis des Mitteilungswillens, das aus der Umgebung zu ergänzen und zu berichtigen ist?

Die deutsche Sprache erlaubt uns beides. Wir finden also einen weiteren und einen engeren Begriff des Erklärungsinhalts. Ersterer ist „der Äusserungsakt nebst allen Deutungsmitteln“; letzterer „der isolierte Äusserungsakt“. Dem Sprachgeföhle dürfte die engere Redeweise besser entsprechen³⁾, dem Texte unseres Gesetzbuches aber wohl auch zuweilen die weitere⁴⁾.

¹⁾ Dies betont namentlich Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts 1899 S. 23. Ähnlich Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 281 ff.

²⁾ So Isay a. a. O.

³⁾ Auch bei Graf Piniński (Tatbestand des Sachbesitzerwerbs) Bd. II S. 290 soll wohl das Verhalten der Partei (Erklärung) von dem Beurteilungsergebnisse (Geschäftsinhalt) gesondert werden.

⁴⁾ Die Frage ist sehr wichtig bei Deutung des § 119. Würde der

Es gibt also einen Erklärungsinhalt im engeren Sinne, von dem die Auslegung ausgeht, und

4. ein Auslegungsziel (Erklärungsinhalt im weiteren Sinne) mit dem sie endet.

So wird das Rechtsgeschäft aus dem Rohstoff tatsächlicher Beobachtungen in der Regel erst nach einer bestimmten Methode zurechtgeknetet. Es ist dann kein unmittelbares Erzeugnis der Parteiverhandlungen, sondern das Ergebnis einer Denktätigkeit, die es aus diesen Verhandlungen entwickelt.

Diese Methode ist aber ein Ergebnis rechtsgeschichtlicher Ereignisse.

Wir fanden schon in § 3 zwei mögliche Arten der Vertragsauslegung vor, diejenige nach dem „buchstäblichen Sinne“¹⁾, d. i. die Verbalauslegung²⁾ und diejenige nach dem vermutlichen Willen³⁾ oder dem wirklichen Sinne, d. h. die Feststellung desjenigen Willens, welchen der Adressat der Erklärung bei ihrem Empfange als ihren Gegenstand annehmen musste⁴⁾. Die regelmässige Geltung dieser letzteren Aus-

„Inhalt der Erklärung“ hier im engeren Sinne zu fassen sein, so bliebe es rätselhaft, warum man gerade hier gegenüber den Auslegungsmitteln die Rolle des Vogels Strauss spielen soll. Anders bei § 133, wo der bei Auslegung der Erklärung zu erforschende Wille von der auszulegenden Erklärung selbst unterschieden wird.

¹⁾ Vgl. Urteil des Reichsoberhandelsgerichts, Entsch. Bd. 14 S. 268 Nr. 87, code civil art. 1156.

²⁾ Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. II 2 §§ 44—47 3. Aufl. S. 441—676. Ähnliches im altdutschen Rechte; vgl. bei Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 28. Über die Geltung dieser Auslegung im heutigen Rechte vgl. Bekker, KrVJSchr. Bd. 22 S. 48; Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 126; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 29. Neuere Literatur siehe bei Kipp-Windscheid, Pand. § 84.

³⁾ So Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. S. 216; vgl. überhaupt daselbst § 65 und 66 S. 216—225 und die zustimmenden Ausführungen Hartmanns in den Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 57 ff.

⁴⁾ Auch Mommsen, Über die Haftung der Kontrahenten bei der Abschlussung von Schuldverträgen, Braunschweig 1879 S. 98 ff. erkennt diese Auslegungsart an; vgl. über sie namentlich die Ausführungen Iherings in den Dogm. Jahrb. Bd. 4 S. 72 ff. Hölder meint daher (KrVJSchr. Bd. 14 S. 575) mit Unrecht, dass man bei den Erklärungen immer nur entweder das berücksichtigen könne, was der Erklärende hat sagen wollen, oder das, was der Adressat der Erklärung aus dieser wirklich entnommen

legungsart im entwickelten römischen Rechte ist anerkannt in der l. 6 § 1 dig. de contrah. emptione 18, 1 (Pomponius) verbis: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est.

Es wird hier das „id quod actum est“, der beiderseits erkennbar gewordene Sinn der Verhandlungen dem Wortlaute entgegengestellt. Wir werden daher dies „id quod actum est“ am besten bei Verträgen als „den Inhalt der Verhandlungen“ oder „das Abgemachte“, „das als beabsichtigt Festgestellte“ bezeichnen dürfen, nicht etwa als das von den einzelnen bloss innerlich Beabsichtigte. Es bedeutet nicht die einzelne Absicht, sondern die gemeinsame Abrede, also die rechtserhebliche Parteiabsicht; dies folgt aus der Redewendung „inter eos actum“¹⁾. Schon das „agere“ deutet auf ein äusseres Verhalten, das „Verhandeln“ oder „Abmachen“ hin²⁾. Das „inter eos“ aber zielt zweifellos auf die beiden gegenseitigen Beistimmungen zu den Äusserungen des anderen Teils hin, und das „inter eos actum“ bezeichnet also den Gedankeninhalt, welcher in diesen Erklärungen liegt³⁾.

hat. Letzteres ist, sofern er es nicht entnehmen musste, völlig gleichgültig (vgl. Regelsberger, Handb. II S. 390), aber auch ersteres ist es. Vgl. Hartmann, Dogm. Jahrbücher Bd. 20 S. 52.

¹⁾ Vgl. lex 41 pr. dig. de verb. obl. 45, 1 verbis: quid forte senserit, hoc est, quod inter eos acti sit; l. 3 § 2 dig. de obl. et act. 44, 7; l. 11 § 1 dig. de actione empti venditi 19, 1; l. 40 § 1, 41 pr. de contr. emptione; 18, 1; vgl. auch l. 24 dig. depositi 16, 3 und l. 240 dig. de verb. sign. 50, 16. Die l. 8 dig. de praescriptis verbis 18, 5 identifiziert das id. quod actum est mit der lex contractus. Vgl. hierzu Graf Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitzererwerbs II S. 421 Anm. 1; v. Hollander, Zur Lehre vom error, Halle 1889 S. 51 ff.

²⁾ Vgl. Röver, Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen S. 62, welcher mit Recht auf die Synonymität von id quod actum est und id quod gestum est hindeutet.

³⁾ l. 209, 240 de verbor. sign. 50, 16; l. 8 pr. de praescriptis verbis 19, 5; l. 33 dig. de contrah. emptione 18, 1; l. 10 pr. dig. de lege Rhodia 14, 2; l. 34 dig. de reg. j. 50, 17 (also sogar bei Stipulationen; vgl. jedoch Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 31); l. 6 § 4 dig. de actione empti et venditi 19, 1; l. 168 dig. de reg. juris 50, 17. Brinz, Pand. S. 1552, meint, „das id quod actum est bedeuete die in den Vorverhandlungen ausgedrückte Absicht im Gegensatz zu dem Sinne der Schlussredaktion (id quod dictum est). Allein, wo die Schlussredaktion nach der Absicht der Parteien von den pro-

Alle richtungsbedürftigen Erklärungen sind im Interesse der Verkehrssicherheit vom Standpunkte ihres Empfängers auszulegen¹⁾.

Diese Feststellung des Sinnes von dem Standpunkte dessen, an welchen die Äusserung gerichtet sein muss, könnte vielleicht dann Schwierigkeiten machen, wenn die Äusserung für mehrere Personen zugleich bestimmt, z. B. ein Korrealversprechen an mehrere Gläubiger ist. Hier kann nun jeder unabhängig von dem anderen die Äusserung auslegen und diejenigen Wirkungen beanspruchen, welche er von seinem Standpunkte für erklärt halten musste²⁾.

Dies geht freilich bei solchen Äusserungen nicht an, welche nicht richtungsbedürftig sind, namentlich bei den Testamenten.

Hier kann unmöglich die Erklärung vom Standpunkte eines jeden Interessenten besonders ausgelegt werden, nur eine einheitliche Auslegung ist möglich. Es würde nun hierbei nur

visorischen Vorverhandlungen abweicht, da entscheidet nur sie, nicht diese. (So mit Recht Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts Bd. I § 99.) Richtig ist freilich, dass die Vorverhandlungen sonst ein wichtiges Mittel zur Feststellung des *id quod actum est* bilden; sie aber mit diesem für identisch zu halten, dazu zwingen die angezogenen Stellen nicht, vgl. namentlich l. 77 *dig. de contrah. empt.* 18, 1. Die Vorverhandlungen sind eben nicht das einzige Auslegungsmittel; vgl. Regelsberger, Handbuch II S. 388.

¹⁾ § 133 BGB. sagt das nicht, wie wir sahen, setzt es aber voraus. Unmöglich kann eine Partei verpflichtet werden, einen Willen zu beachten, den sie nicht erkennen konnte, z. B. Zinsen zu zahlen, die begehrt, aber nicht verlangt wurden. Der „wirkliche Wille“ ist daher hier nur der nach Rechtsatz als massgebend anzusehende Wille.

²⁾ Z. B. es vermietet jemand an zwei Personen zu gemeinsamer Benutzung das Zimmer, welches er ihnen gestern gezeigt habe, während er jedem ein anderes gezeigt hat. Jeder kann verlangen, in dem ihm gezeigten Zimmer zu wohnen, den Schaden trägt der Vermieter. — Hieraus erklärt sich auch die bekannte *lex 18 dig. de duobus reis constituendis* 45, 2. *Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet.* Das *factum* der Stelle liegt nach ihrem Wortlaute nur in dem *reum fieri*, betrifft also die Erklärungsakte der *duo rei*. Jeder unterwirft sich der Erklärung des andern, die aus dessen Seelenzustand zu ersehen ist; deshalb kann ihm das von dem andern Erklärte schaden. So z. B. wenn der andere deutlich erklärt, dass er den *Stichus major* meine, während er selbst *ambiguae* spricht und den *Stichus minor* meint. Hier schadet ihm die Bestimmtheit dessen, was der Mitschuldner verspricht.

ein Doppeltes denkbar sein: Entweder könnte der Wille des Testators nach seinem Wortlaut ausgelegt oder es könnte auch der vermutliche Wille des Testators unter Benützung aller (jedem beliebigen erkennbaren) Auslegungsmittel ermittelt werden. Das römische Recht hat den letzteren Weg eingeschlagen, und er ist der einzig vernünftige, da die Testamente wohlthätige Zuwendungen erhalten, welche schlechtweg auf dem guten Willen des Erblassers beruhen¹⁾. Dies gilt aber sicher nur bei solchen Auslegungsmitteln, die zur Zeit des Erbfalls vorliegen. Bei später auftauchenden wird man aber wohl auch hier im Interesse der Rechtssicherheit Einschränkungen machen müssen²⁾.

Wir haben somit für Verträge und Testamente zwar einen gemeinsamen Auslegungsgrundsatz, jedoch einen solchen, welcher hinsichtlich des Standpunktes, der bei seiner Anwendung einzunehmen ist, bei den Erklärungen, die an bestimmte Personen zu richten sind, anders behandelt werden muss, als bei andern³⁾.

Die Auslegungsregeln, welche eine Partei bei allen Mitteilungen anzuwenden hat, lassen sich also in eine allgemeine

¹⁾ Vgl. l. 7 § 2 *dig. de suppellectili legata* 33, 10 und fernere Quellenbeispiele bei Kohler, *Dogm. Jahrb.* Bd. 18 S. 158. Vgl. auch Schlossmann, *Der Vertrag* S. 122 ff.; Windscheid, *Archiv für ziv. Praxis* Bd. 63 S. 108; Hartmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 20 S. 50. Der Wunsch Zitelmanns (*Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 414, 423), für Testamente und Verträge vollkommen identische Auslegungsregeln zu besitzen, ist also bei der verschiedenen Beschaffenheit dieser Rechtsgeschäfte nur bis zu einem gewissen Grade erfüllbar.

²⁾ Dieser Satz stammt aus der zweiten Auflage.

³⁾ Wie sind Erbantretzungen, heutzutage Erbschaftsannahmen zu behandeln, welche mehreren Interessenten abgegeben sind und dem einen in einem anderen Lichte erscheinen müssen als dem anderen? Z. B. der Erbe erklärt zwei Erbschaftsgläubigern, er wolle sich nunmehr in endgültiger Weise für die zweite der in den Briefen, welche er an sie gerichtet habe, erwähnten Eventualitäten entscheiden, während er in dem einen Briefe die Ausschlagung, in dem anderen die Antretung an zweiter Stelle erwähnt hatte. Werden wir hier ebenfalls seinem wahren Willen nachspüren? M. E. handelt es sich hier nicht um eine von ihm erwiesene, vielmehr um eine von ihm begehrte Wohlthat, und es kann daher nur die ihm ungünstigere Auslegung massgebend sein. Er verliert hiernach die Erbschaft, darf sich aber dem gegenüber, welcher annehmen durfte, dass er sie angetreten hat, nicht darauf berufen.

Norm zusammenfassen, deren Befolgung nach einem bekannten Dichterwort das Zeichen der Bildung ist, nämlich in das Gebot, sich in die Seele des anderen hineinzudenken¹⁾.

Bei den nicht richtungsbedürftigen Geschäften muss jeder die Äusserung von seinem Standpunkte auslegen und ausserdem in der Regel auch noch das beachten, was andere von ihrem Standpunkte wahrgenommen haben²⁾.

Grundlegend sind hier folgende Stellen:

l. 18 § 3 dig. de instrumento legato 33, 7 (Paulus):

. . . optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem scrutari, sed in primis quid testator demonstrare voluerit, deinde in qua praesumptione sunt, qui in quaque regione commorantur.

l. 21 § 1 dig. qui testam 28, 1 (Ulpianus):

. . . utique placeret conjectionem fieri ejus quod reliquit vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patris familias vel regionis.

endlich l. 50 § 3 dig. de legatis I 30 (Ulpianus):

Si numerus nummorum legatus sit neque apparet quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est.

Diese Stellen sprechen zwar von Testamenten, allein sie müssen auch von Verträgen gelten, da ja nach dem oben Erwähnten nur der Standpunkt, von welchem der Sinn ermittelt werden soll, bei beiden ein verschiedener sein muss³⁾, nicht aber der Kreis der von diesem Standpunkte anzuwendenden Hilfsmittel der Auslegung. Wir finden aber auch hinsichtlich der Verträge eine fast gleichlautende Auskunft:

¹⁾ Darum ist diese Auslegungsart für ungebildete Zeiten undurchführbar. Die altrömischen Gesetze und Formeln sind für ein Publikum berechnet, welches noch nicht fähig war, sich in die Lage eines andern hineinzudenken. Für das BGB. folgt das Gesagte aus § 157.

²⁾ Dies gilt auch für die Annahme des § 151. Hier ist in der Tat der wirkliche Wille in des Wortes strengster Bedeutung festzustellen, aber nicht zu deuten, da es an einem Adressaten fehlt, dessen Standpunkt massgebend sein könnte. Eine Mitteilung liegt hier nicht vor.

³⁾ Bei Testamenten der Standpunkt eines jeden beliebigen Beobachters, bei richtungsbedürftigen Äusserungen der Standpunkt des Adressaten.

l. 31 § 20 dig. de aedil. ed 21, 1 (Ulpianus) verbis:

ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.

l. 34 dig. de regulis juris 50, 17 (Ulpianus):

Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur quod actum est: aut si non pareat quid actum est erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur.

Schon bei der Feststellung des Wortlautes der Erklärung — und noch vielmehr bei der Feststellung des etwa abweichenden Sinnes — ist also folgendes zu beachten: In erster Linie müssen sprachliche Eigentümlichkeiten des Urhebers der Äusserung, sobald sie erkennbar sind, entscheiden, bei richtungsbedürftigen Vertragserklärungen, soweit sie deren Adressaten erkennbar sind¹⁾. Erst in zweiter Linie können die Sprachgesetze, denen sich der Erklärende anscheinend unterwirft, in Betracht kommen²⁾. Gehört er einer Personenmehrheit an, welche ihren partikularen Sprachgebrauch für sich hat, z. B. der Einwohnerschaft einer Provinz, welche einen besonderen Dialekt spricht, so kommt, falls der Erklärende nur den Dialekt spricht³⁾, die Sprache dieses engeren Kreises in zweiter Linie in Frage, erst in dritter kommt die allgemeine Volkssprache in Betracht, und wenn sich endlich Gesetze vorfinden sollten, welche für gewisse Parteierklärungen eine Art authentischer Deklaration liefern⁴⁾, so können diese nur an letzter Stelle Geltung beanspruchen, falls sie nicht unvernünftigerweise etwas anderes bestimmen sollten; denn es ist ja der Zweck der Auslegung von Verträgen, dem wahren Willen des Erklärenden, soweit als er dem Adressaten erkennbar war, auf die Spur zu kommen, und diesen Zweck erreicht man am

¹⁾ Vgl. l. 30 § 4 dig. de leg. III 32.

²⁾ Vgl. Regelsberger, Handb. II S. 393; Wächter im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 19 S. 114—125 § 67; Allg. pr. Landr. I 4 § 257; ALR. I 5 Allg. HGB. Art. 279, 285, 326, 334, 339, 342, 346, 351, 352.

³⁾ Spricht er z. B. nebeneinander bald platt-, bald hochdeutsch, so wird man bei seinem Verträge mit einem in hochdeutscher Sprache Redenden im Zweifel annehmen dürfen, dass er sich der letzteren bedient hat.

⁴⁾ Z. B. Art. 341 des alten HGB.: „Ein Kauf zur Probe ist unbedingter Kauf unter Hinzufügung des Beweggrundes“.

besten, wenn man von den verschiedenen Kreisen sprachlicher Gewohnheiten, aus deren Herrschaftsgebiete eine Erklärung hervorgegangen ist, immer den dem Erklärenden näheren zunächst beachtet¹⁾, also zunächst seine erkennbaren individuellen Gewohnheiten, sodann diejenigen seines Standes oder seiner Provinz, sofern er sich diesen ausschliesslich zu unterwerfen pflegt, endlich diejenigen seiner Nation²⁾, aber die gesetzlichen Auslegungsregeln, nach welchen sich der Verkehr zuweilen nur wenig zu richten pflegt, nur als subsidiäre Hilfsmittel ansieht³⁾.

Erst wenn all diese Hilfsmittel versiegen, greift der Satz ein, dass bei der zweifelhaften Bestimmung einer Verpflichtung das mindere Mass derselben gilt. arg. l. 34 dig. de div. reg. juris cit. 50, 17 verbis:

quid ergo si neque regionis mos⁴⁾ apareat quia varius fuit? ad id quod minimum est, redigenda summa est.

Die Konsequenz hiervon ist, dass jeder, welcher sich nicht deutlich genug ausdrückt, gewärtigen muss, seine Auslassungen nicht nach seinen eigenen Intentionen, sondern nach denen eines diligens paterfamilias oder der mos regionis beurteilt zu sehen, dass also eine gewisse diligentia in contrahendo nötig ist, wenn man nicht Schaden leiden will⁵⁾. Dass dem aber

¹⁾ Natürlich nur, sofern nicht anzunehmen ist, dass sich der Redende dem Sprachgebrauche des Angeredeten angepasst hat. Dies wird oftmals zu vermuten sein, wenn erkennbar ist, dass er diesen Sprachgebrauch kennt.

²⁾ Beispiele vgl. in Iherings Jurisprudenz des täglichen Lebens I Nr. 21, 26, 36, 38, II 9, 19, 21, 24, 26 a, 32, III 1, IV 38, V 13, VI 11, X 24, XII 26, XIII 16, XIV 4, XVI 11, 14.

³⁾ So mit Recht das ROHG. in mehreren Urteilen. Entsch. Bd. 11 Nr. 81 S. 243, Bd. 12 Nr. 94 S. 287.

⁴⁾ Vgl. § 346 HGB.: „Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten“.

⁵⁾ Hier handelt es sich freilich nur um eine diligentia der Partei im eigenen Interesse. Ob auch zugunsten der andern Partei eine diligentia in contrahendo nötig sei, ist streitig. Dagegen Mommsen (über die Haftung des Kontrahenten bei der Abschliessung der Schuldverträge 1879). Darüber, dass die Mommsenschen Beweisführungen im wesentlichen nicht haltbar sind, vgl. des Verfassers Gegenbeweis in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. XXVI 1881 S. 284—309 und Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 1 ff. Es ist eine vom psychologischen Standpunkte interessante Tatsache, dass gerade bedeutende Gelehrte, welche in der Ausübung ihrer Berufstätigkeit die höchste diligentia zu prästieren gewohnt sind, ihre ganze Sorgfalt darauf richten, das in dem

bei Verträgen so ist, darüber lassen die Quellen keinen Zweifel¹⁾. Derjenige qui clarius loqui debuit haftet für das Gesagte, nicht für das Gewollte. Schon hiermit ist der Lehre der neuerdings herrschenden Meinung, dass der Einzelwille der Erklärung unbedingt vorgehe, ein endgültiges Vernichtungsurteil gesprochen²⁾. Die beiden Sätze, dass der innere Einzelwille gegenüber der äusseren Abrede den Ausschlag gibt³⁾, und dass der Adressat einer Vertragserklärung sich auf den ihn

Verkehrsleben stehende Publikum von der rechtlichen Notwendigkeit eines ähnlichen Verhaltens zu entbinden. Es erklärt sich dies wohl daraus, dass man Unterschiede verschiedener Gruppen in einer Gesellschaftsklasse, welche man nicht kennt, leicht übersieht. Dem Verkehrsleben entrückt, stellt der Gelehrte leicht den redlichen Egoismus des ehrlichen Geschäftsmannes mit den unsaubern Machinationen, welche in einer moralisch untergeordneten Kulturstufe als erlaubt gelten, auf eine Linie, und übersieht die tiefe Kluft zwischen den verschiedenen Arten der Geschäftsleute. Vgl. auch l. 11 § 1 dig. de a. empt. 19, 1. Für das Gebot einer allgemeinen diligentia in contrahendo namentlich auch Franz Leonhard, Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluss, Göttingen 1896.

¹⁾ Vgl. über die Auslegung gegen denjenigen, der die Undeutlichkeit verschuldet hat, Regelsberger, Hand. II S. 393 Anm. 34, 35, und die Urteile des ROHG. Entsch. Bd. IV Nr. 13 S. 60, V Nr. 53 S. 243, XI Nr. 91 S. 272, XIV Nr. 136 S. 437. Vgl. Bähr, Dogm. Jahrb. Bd. 14 S. 417; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. XX S. 47. Besonders unfreundlich stellt sich das römische Recht dem Verkäufer und dem Vermieter gegenüber (l. 33 dig. de contrah. empt. 18, 1; l. 39 dig. de pactis II 14), weil diese das Geschäftsobjekt kennen und sehr leicht durch unklare Redewendungen ihren Mitkontrahenten in eine Falle locken können. Übrigens beweist die l. 29 dig. locati conducti 19, 2, dass in solchen Fällen, in denen es ausnahmsweise Sache des Mieters war, deutlicher zu reden, weil die Regel des Lebens eine dem Vermieter günstige Auslegung empfahl, nicht der Vermieter, sondern der Mieter unter der Zweideutigkeit der gewählten Ausdrücke zu leiden hatte. Ähnlich entscheidet hinsichtlich des venditor die l. 77 dig. de contrah. empt. 18, 1. Wo der venditor entschuldigt ist, da leidet er überhaupt der Regel nach nicht unter der Ungenauigkeit seiner Ausdrucksweise; arg. l. 21 § 2 dig. de action. empt. venditi 18, 1.

²⁾ So richtig Röver a. a. O. S. 25 ff. Das BGB. hat dies nicht ausdrücklich aufgenommen, aber dadurch keineswegs abgelehnt. Vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. S. 128.

³⁾ Dafür freilich der Wortlaut des § 133, der aber sicherlich bei den sogen. richtungsbedürftigen Erklärungen einzuschränken ist. Wenn mir mein Hauswirt im Juni zum 1. Oktober kündigen will, und aus Versehen zum 1. Januar kündigt, ohne dass ich es merke, so brauche ich nicht seinem

erkennbaren Sinn derselben verlassen darf, sind nach dem Satze des logischen Widerspruches miteinander unvereinbar. Dies hat auch Windscheid anerkannt und, um den ersten unrichtigen Satz zu retten, den zweiten richtigen fallen gelassen¹⁾. Es ist nicht anzunehmen, dass die Praxis ihm, selbst wenn sie es wollte, hierin folgen können. Jener Auslegungsgrundsatz ist nicht nur zu unzähligen Malen, namentlich von dem Reichsoberhandelsgerichte anerkannt worden, sondern er beruht auch auf einem übermächtigen Bedürfnisse und kann nicht durch eine andere Regel ersetzt werden. Nachdem erst einmal seine Unvereinbarkeit mit dem durchaus entbehrlichen Satze von der Erheblichkeit des inneren Einzelwillens erkannt ist, wird er sicherlich durch die Macht seiner Unentbehrlichkeit diese quellenwidrige Lehre in dem Kampfe um die Herrschaft über kurz oder lang überwinden²⁾.

Die oben angezogenen Quellenstellen, legen da, wo der individuelle Wille nicht aus besonderen erkennbaren Gründen eine eigentümliche Ausdrucksform gewählt hat, an die auszulegenden Erklärungen einen Durchschnittsmaßstab³⁾ und ordnen ausdrücklich an, dass auf die Gewohnheiten eines diligens paterfamilias gesehen werden soll⁴⁾. Man wird also annehmen, dass ein Kontrahent zwar nichts ohne Grund aufopfert, dass er aber Vorteile doch nur insofern begehrt, als sie nicht mit dem Sittlichkeitsgebote in Widerspruch stehen. Wo

„wirklichen Willen“ entsprechend auszuziehen. Der wirkliche Wille des § 133 BGB. ist auch hier nur der rechtserhebliche wirkliche Wille.

¹⁾ Archiv f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 72; vgl. aber dagegen I. 24 (25) de reb. dub. 34, 5: id. quod credibile est cogitatum, credendum est und lex 114 dig. de regulis juris 50, 17. In obscuris inspicere solere, quod verisimilius est aut quod plerumque fieri solet.

²⁾ Diese Voraussage hat sich m. E. durch den Erfolg der vortrefflichen Schrift von Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl., Jena 1906, erfüllt.

³⁾ Denjenigen einer „Musterpartei“; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 76; vgl. auch Regelsberger, Handb. S. 391; I. 43 § 1 dig. de admin. tut. 26, 7; I. 26 § 1 de pign. 20, 1; I. 4 pr. de doli mali exc. 44, 4.

⁴⁾ Wenn I. 4 dig. de interd. quod vi aut clam 43, 24 es dem Richter auferlegt, durch seine Auslegung dafür zu sorgen, ne melioris condicionis sint stulti quam periti, so muss es für ihn noch viel wichtiger sein, dafür zu sorgen, dass nicht der Unredliche besser gestellt sei, als der Redliche.

die Praxis das gegenteilige Verfahren beobachtet, da begünstigt sie den Unredlichen, steigert das Misstrauen im Geschäftsverkehr und lähmt die redliche Arbeit. Nun gibt es aber, wie schon oben angedeutet wurde, kein Sittlichkeitsgebot, welches die Römer höher stellten als dasjenige der fides humana: „Erwecke nicht Hoffnungen, die du nicht erfüllen kannst!“ „Ver-eitle nicht Hoffnungen, welche du erweckt hast!“¹⁾ Dieses Sittengebot wird nun nicht genügend gewahrt, wenn jemand seine unzweideutige Vertragserklärung widerruft²⁾. Man wird vielleicht einwenden: Qui jure suo utitur nemini facit injuriam, allein damit verwickelt man sich in einen Zirkelschluss, denn die Frage, ob der Erklärende ein Recht des Widerrufs habe, sollte ja erst aus seiner vermutlichen Absicht erwiesen werden.

Wenn also auch wirklich durch Rechtssatz bestimmt wäre, dass es bei Verträgen auf die Übereinstimmung der inneren Einzelwillen ankäme, so würden wir doch in der Regel durch Auslegung aus diesen also lex contractus entnehmen müssen, dass nur der Sinn der Erklärungen gelten soll; der unerkennbare innere Wille würde von seiner Herrschaft zugunsten des erkennbaren freiwillig abtreten³⁾.

Der Grundsatz, dass die verschuldete Zweideutigkeit einer Vertragserklärung die dem Erklärenden ungünstigere Auslegung zur Folge hat, scheint mit anderweitigen Quellenstellen im Widerspruche zu stehen⁴⁾, denen zufolge bei einer ambigua oratio auf den wahren Willen der Kontrahenten zurückgegangen werden soll⁵⁾. Die Stellen sind folgende:

I. 80 dig. de verborum obligationibus 45, 1 (Ulpianus):

¹⁾ Auffallend ist, dass Lotmar (KrVJSchr. Bd. 25 S. 392) die Anerkennung dieses Gebots durch die Rechtsordnung anzweifelt. Wenn er als Gegengebot aufstellt, dass man niemand wider dessen Willen an seinem Wort festhalten solle, so macht dies seinem Herzen alle Ehre. Dass der Verkehr das Gegengebot anerkennt, muss ich dagegen bezweifeln.

²⁾ So mit Recht Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 132.

³⁾ Vgl. hierüber des Verfassers Ausführungen in der Zeitschr. für das ges. Handelsrecht Bd. XXVI S. 299 und Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. XX S. 77.

⁴⁾ So Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 37.

⁵⁾ Es ist dabei natürlich vorausgesetzt, dass die Zweideutigkeit nicht auf andere Weise beseitigt werden kann. Solange dies noch möglich ist,

Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commo-
dissimum est id accipi, quo res, qua de agitur in tuto sit.

Diese Stelle setzt Stipulationen voraus. Von solchen kann aber nur die Rede sein, wenn beide Parteien sich erklärt haben; denn vorher ist höchstens eine Offerte vorhanden. Unter der ambigua oratio kann also in dem vorliegenden Falle nichts anderes verstanden sein, als der Inhalt des Stipulationsformulares. Ist dieses dunkel, so trifft beide Teile gleiche Schuld¹⁾, den Stipulator, dass er ungenau fragte, den Stipulanten, dass er auf eine solche Frage antwortete²⁾. Der gewöhnliche Interpretationsgrundsatz, dass gegen denjenigen, qui clarius loqui debuisset, ausgelegt werden soll, räumt hier also die Zweideutigkeit nicht fort. Würde er Platz greifen, so würde die oratio zwar ambigua sein, jedoch nur nach dem Wortlaute, nicht nach dem diesem zugrunde zu legenden Sinne. So entscheidet denn auch die lex 110 § 1 de verb. obl. 45, 1 (Pomponius):

Si stipulatus fuero de te: „vestem tuam quaecumque muliebris est dare spondes?“ 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 debetur.

In der Tat, es ist etwas anderes, ob ein Promittent Männer- und Weiberkleider miteinander verwechselt — ein verschuldeter und von seiten des Stipulanten nicht vorhersehbarer Umstand — oder ob jemand z. B. einen Sklaven mit dem weitverbreiteten Namen Stichus versprechend an eine andere Person denkt, als

ist die Erklärung im strengen Sinne des Wortes keine vox ambigua. Dies scheint mir v. Hollander, Zur Lehre vom error nach röm. R. S. 37 ff., übersehen zu haben. Auch Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerverbs II S. 341, verwechselt die vox obscura mit der ambigua. Richtig ebenda S. 349, 419 ff., wo jedoch S. 420 Anm. unter die ambiguitas an partes aliquid voluissent von der ambiguitas de eo quod voluissent m. E. schärfer hätte unterschieden werden sollen.

¹⁾ Möglich ist auch, dass keiner von beiden die Schuld an der Zweideutigkeit der Erklärung trägt. Auch dann gilt das im Texte Gesagte.

²⁾ Auch sonst sprechen die Quellen mit Recht von einer oratio ambigua I. 33 dig. de contr. emptione 18, 1, I. 96 dig. de reg. juris 50, 17.

der Promissar. Hier ist dieser, welcher sich über die Identität des gemeinten Sklaven nicht vergewissert, ebenso nachlässig wie der Promittent; die oratio ist also auch ihrem Sinne nach ambigua und kann durch die üblichen Auslegungsregeln nicht dieser Zweideutigkeit entkleidet werden. In solchem Falle sind überhaupt nur zwei Auswege denkbar. Entweder man müsste die Stipulation für unklar und deshalb für nichtig halten oder annehmen, dass die Parteien ihre zweideutige Rede nach ihren inneren Absichten ausgelegt zu sehen wünschen, auch soweit diese nicht bei dem Vertragsschlusse erkennbar waren, und dann also ausnahmsweise auf diese zurückgehen. Nur die letztere Methode ist die römische; nur sie ist dasjenige Mittel, quo res qua de agitur in tuto (I. 80 cit. 45, 1) ist. Sie ist aber ausdrücklich anerkannt, und zwar in einer für gewöhnlich in beklagenswerter Weise verstümmelten Stelle¹⁾, der lex 3 dig. de rebus dubiis 34, 5 (Paulus):

In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus. Itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult neque id quod vult, quia id non loquitur²⁾.

Aus dem „itaque“ geht hervor, dass der zweite Satz nur von einem ambiguo sermo handelt und aus der vorausgeschickten These einen Schluss zieht. Diese These handelt von

¹⁾ Vgl. Windscheid, Archiv Bd. 63 S. 83, 84.

²⁾ Die Stelle wird vollständig gelesen von Röver a. a. O. S. 20 und S. 30, welcher sie jedoch nicht richtig auffasst, und von Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 37. Man pflegt zum Beweise der herrschenden Meinung den Sinn der Stelle durch Weglassung des ersten Satzes und des Anfanges des zweiten zu ändern. Daher das Pseudo-Sprichwort: Qui aliud dicit quam vult neque id dicit, quod vox significat, quia non vult neque id quod vult, quia id non loquitur. Celsus, sonst kein Muster von Höflichkeit, dürfte sich doch ziemlich zivil ausdrücken, wenn er ein solches Verfahren ein unzivilis nennt (I. 24 dig. de legibus 1, 3. Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere). Die gegen die erste Auflage gerichteten Ausführungen von Lotmar, KrVJSchr. Bd. 26 S. 288 ff., Regelsberger, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 29 S. 309 ff., und Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerverbs Bd. 2 S. 464 Anm. 3, überzeugen mich nicht völlig. Immerhin veranlassen sie mich, im Texte noch eine zweite Auslegung der Stelle anzuregen.

einem ambiguus sermo¹⁾ und einem davon verschiedenen, also einem bloss inneren Willen; dieser letztere soll also im Notfalle Auskunft geben. Wenn daher zwei Kontrahenten über „ein Haus“ des einen verhandeln, und dieser zwei besitzt, so gilt die Abrede von dem von beiden Parteien wirklich in bezug genommenen. Wenn daher (itaque), so fährt die Stelle fort, jemand in solchem Falle etwas anderes will, als was er in dem ambiguus sermo gesagt hat, so ist ein Rückgriff auf seinen wahren Willen zur Entscheidung der erklärten Alternative nicht möglich, da sich in seinem inneren Willen keine dieser beiden Möglichkeiten, sondern ein Drittes vorfindet, und dann gilt weder das Gesagte, noch das Gewollte, jenes nicht, weil es nicht gewollt, dieses, weil es gar nicht, auch nicht einmal ambigue erklärt ist. So z. B., wenn jemand zwei Häuser besitzt, demnächst „sein Haus“ verspricht, in Wahrheit aber seine Wiese meint. Hier muss der Vertrag allerdings wirkungslos sein, der innere Wille liegt dann ganz ausserhalb der Erklärung.

Es lässt sich nicht leugnen, dass der Verfasser hiernach eines ziemlich seltenen Falles bedarf, um ein Beispiel für den allgemeinen Satz der Stelle zu gewinnen. Das ist immerhin misslich. Man muss daher auch noch eine zweite Auslegung suchen. Diese gewinnen wir, wenn wir auch hier unter velle das rechtserhebliche Wollen verstehen, d. h. bei vertrauensbedürftigen Äusserungen ein solches, das dem Angeredeten erkennbar ist. Dann besagt die Stelle etwa folgendes: „Erscheint eine Äusserung zweideutig, so müssen wir auf den wahren Willen ihres Urhebers zurückgreifen, falls dieser rechtserheblich ist. Erklärt daher jemand etwas, was er nicht will (d. h. bei vertrauensbedürftigen Äusserungen in erkennbarer Weise nicht will), weil die Erklärung durch eine andere (danebenstehende unbeabsichtigte Willensmanifestation zweideutig wird, aus der jedoch nicht hervorgeht, was gewollt ist, so gilt weder der Erklärungsinhalt, noch der abweichende innere Wille, der nicht erklärt worden ist“²⁾.

¹⁾ Hartmann, der dies bezweifelt, a. a. O. S. 37, geht hierdurch seines besten Beweismittels verlustig.

²⁾ Vgl. näheres über diesen Fall oben S. 88 b.

Auf beide Arten ausgelegt, bestätigt die Stelle die Regel, dass der innere Wille nicht entscheidet, und fügt ihr nach der ersten eine wichtige, aber sehr verständige Ausnahme für den Fall einer ambigua oratio hinzu¹⁾. Diese Ausnahme ist aber auch noch anderweitig bezeugt. Vgl. l. 125 dig. de verbor. signif. 50, 16 (Proculus) verbis:

nam qui ambigue loquitur, id loquitur quod ex his quae significantur sensit²⁾.

Die soeben entwickelte Theorie erklärt auch eine Stelle, in welcher selbst Cujacius³⁾ eine Textesverbesserung für nötig hielt, die l. 34 pr. dig. de contr. empt. 18, 1. In derselben sagt Paulus:

Si in emptione fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit nihilo minus fundi venditionem velere constat: sed Labeo ait eum Stichum debere quem venditor intellexerit.

Wir sehen in dieser Stelle, wie es gehalten werden soll, wenn die oratio, der übereinstimmende Sinn der Erklärungen, ambigua ist, man demnächst auf den inneren Willen zurückgreift und nunmehr auf einen Widerspruch der beiden inneren Willen stösst. Hier ist der Vertrag trotz des Widerstreites der inneren Absichten doch dann gültig, wenn dieser Widerstreit sich auf einen Punkt bezieht, welcher in der lex con-

¹⁾ Das BGB. enthält eine derartige Vorschrift nicht. M. E. lässt sie sich aber aus § 157 BGB. folgern.

²⁾ Die l. 25 § 1 dig. de legatis III. Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio befindet sich in der Legatenlehre und steht mit vielen andern Stellen, z. B. l. 69 pr. de leg. III im schroffen Widerspruche, so dass der Verfasser in der ersten Auflage vorschlug, da jede Vereinigung unmöglich wäre, sie überhaupt nicht zu beachten. Jetzt sieht er in der Stelle eine veraltete Vorschrift des strengen Legatenrechts, die sich gegen Erben kehrte, die bei zweifellosen Vermächtnissen Ausflüchte suchten. Vgl. hierzu auch Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 438 Anm., gegen die erste Auflage.

³⁾ Vgl. Hartmanns Auslassungen, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 53 u. 54 Anm. 34; Cujacius, Observ. lib. I c. 10, will lesen: emptor statt venditor; Windscheid, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 107 Anm. 48, nimmt hier eine generische Obligation an. Vgl. dagegen Hartmann a. a. O.

tractus als Nebensache bezeichnet wurde, von welchen also erkennbar gemacht war, dass von seiner Realisierung die Gültigkeit des gesamten Geschäfts nicht unbedingt abhängen sollte¹⁾. In solchem Falle wird also wegen der Vertrages über die Hauptsache der Vertrag über die Nebensache mit aufrecht erhalten und nach dem Satze: *in dubio pro reo*²⁾ dem Schuldner die Wahl überlassen, welche von den beiden in der *lex contractus* ununterschieden erwähnten Leistungen er machen will³⁾.

Hieraus würde sich schon durch ein *argumentum e contrario* mit Leichtigkeit entnehmen lassen, wie es zu halten ist, wenn hinter der *ambigua oratio* eine Verschiedenheit des Willens hinsichtlich des hauptsächlichsten Vertragspunktes steht⁴⁾; die Nichtigkeit des Vertrages müsste die notwendige Folge hiervon sein. Dies ist nun ausdrücklich anerkannt in der l. 83 § 1 de verb. obl. 45, 1 (Paulus):

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

Vgl. ferner § 23 inst. de inutil. stipul. 3, 19:

nulla erit obligatio . . . veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.

¹⁾ So jetzt § 155 BGB.

²⁾ Der Satz, dass im Zweifel für den Verpflichteten zu interpretieren ist (l. 47 dig. de obl. et act. 44, 7), steht also bei der *ambigua oratio* in letzter Linie und greift nur Platz, wenn die Auslegung zuungunsten des Nachlässigen nicht fruchtet, eine Differenz der Parteiabsichten besteht und es sich um einen Nebenpunkt handelt. Regelsberger (Handbuch Bd. II S. 394) will den Satz bei einseitigen Verträgen anscheinend unbedingt gelten lassen (vgl. dagegen l. 110 § 1 cit. dig. 45, 1), bei zweiseitigen nur für solche Bestimmungen, welche „nicht unmittelbar die Gegenleistung normieren“. Dieser letztere Begriff wird sich in der Praxis schwer abgrenzen lassen. Nach der Meinung des Verfassers ist der Schuldner, zu dessen Gunsten im äussersten Notfalle interpretiert werden soll, immer der Schuldner derjenigen Leistung, deren Festsetzung unendlich ist. Vgl. auch §§ 253, 255, 267, 268, 269 Allg. preuss. Landr. I 5.

³⁾ Ob dies noch jetzt gilt, lässt § 155 BGB. im Dunkeln. Ich halte es nicht für beseitigt. Wie sollte auch wohl sonst der besprochene Fall behandelt werden?

⁴⁾ D. h. eines solchen, dessen richtige Festsetzung eine von beiden anerkannte Vorbedingung der Geltung des Geschäftes sein soll.

Die Ergebnisse des bisher Ausgeführten lassen sich also in dem Folgenden zusammenfassen:

Die gegenseitigen Vertragserklärungen¹⁾ sind eine jede vom Standpunkte des Adressaten dahin auszulegen, dass zunächst auf die individuellen Absichten des Erklärenden gesehen werden soll und, wo solche nicht erkennbar sind, auf die Absichten, welche bei Personen von der Art des Erklärenden üblich zu sein pflegen. Enthalten die so ausgelegten Willenserklärungen einen mehrdeutigen Gedanken, so ist zunächst zu beachten, ob die Mehrdeutigkeit durch den einen Kontrahenten allein verschuldet ist oder nicht. Im ersteren Falle gilt das diesem Ungünstigere. Im anderen Falle²⁾ ist anzunehmen, dass die Parteien die Abrede nach ihren beiderseitigen nicht erkennbaren Absichten ausgelegt zu sehen wünschen. Stimmen diese in einem als hauptsächlich angesehenen Punkte nicht überein, so ist das Geschäft nichtig; betrifft die Disharmonie einen als Nebensache behandelten Punkt, so ist das Geschäft gültig, und der Schuldner hat die Wahl unter den in der mehrdeutigen Erklärung enthaltenen Leistungen. Überhaupt wird dann und nur dann zugunsten des Schuldners der undeutlich fixierten Leistung interpretiert^{3) 4)}.

¹⁾ Also nicht die Annahme im Falle des § 151 BGB., die ausnahmsweise der Mitteilung nicht bedarf; bei ihr kommt es nur auf den wahren Willen an. Ist z. B. ein Buch nur aus Versehen aufgeschnitten worden, nachdem es zur Ansicht geschickt worden war, so haftet der Täter nur für Schadensersatz, nicht aber aus dem Kauf. Ein Bedürfnis der Zuverlässigkeit fehlt den nichtmitgeteilten Akten.

²⁾ Dieser wichtige Fall bleibt oft unerörtert, vgl. z. B. Regelsberger, Handb. II S. 394.

³⁾ l. 47 dig. de obl. et act. 44, 7.

⁴⁾ Die eventuelle Ergänzung der *oratio ambigua* durch den inneren Willen findet ein Analogon in der Gesetzesinterpretation. In erster Linie wird man aus dem Gesetze keinen Gedanken herauslesen dürfen, welcher dem Durchschnittsmenschen des Personenkreises, welchem es publiziert ist, nicht erkennbar sein kann. Nur wenn sich für diesen eine offenbare Zweideutigkeit als Inhalt des Gesetzes darstellt, ist es gestattet, auch durch solche Hilfsmittel, welche der grossen Menge nicht zugänglich sind, noch über den erkennbaren Sinn des Gesetzes hinaus in die Vorgeschichte des Gesetzes vorzudringen. Wo auch dieser Weg nicht zum Ziele führt, da, aber auch nur da, muss der Richter diejenige von zwei Möglichkeiten wählen, welche er

Es wurde bisher immer vorausgesetzt, dass die Parteien selbst die *lex contractus* erzeugt haben. Wo diese ausnahmsweise aus dem Kopfe eines anderen herrührt, z. B. eines Vertreters oder des Verfassers eines von den Parteien benützten Formulars oder des Nachlassrichters oder auch eines Notars u. dgl., da wird der Inhalt der Vertragsnorm nicht nach der Rede- und Denkweise der Parteien zu bestimmen sein, sondern nach derjenigen des dritten Helfers, wie sie die Parteien auffassen durften^{1) 2)}.

Wir sahen, dass die Auslegung von Willenserklärungen oftmals weniger weit greift, als die gewöhnliche Auslegung von Berichten, weil sie den inneren Willen missachten darf, sofern er dem Empfänger der richtungsbedürftigen Erklärung erst später zufällig bekannt wurde.

Sie greift aber nach anderer Seite weiter, als die gewöhnliche Auslegungstätigkeit, wie sie gegenüber einer Erzählung oder einem Berichte angebracht ist.

Die letztere richtet sich immer nur auf den Mitteilungswillen, der sich in den auszulegenden Worten betätigt hat. Was er nicht mitteilen wollte, ist kein Auslegungsgegenstand. Ebenso wenig darf der Ausleger feststellen, was der Verfasser

selbst als Gesetzgeber bestimmt haben würde. Dieser Gedanke hat inzwischen in dem viel besprochenen Art. 1 des Schweizer Vorentwurfs eines Zivilgesetzbuchs eine Anerkennung erlangt; vgl. hierzu A. Menger, Das bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen, 4. Aufl. 1904 S. 26.

¹⁾ Der Verfasser erinnert sich, in einer märkischen Provinzialstadt bei den Verträgen von Bauern gerichtliche Kaufformulare ausgefüllt zu haben, in welchen ein Paragraph über den Verzicht auf die Rechtsmittel wegen *laesio enormis* handelte und völlig unverstanden von den Kontrahenten unterzeichnet zu werden pflegte. Dieser war sicherlich im Sinne des juristischen Verfassers, nicht in demjenigen der Parteien auszulegen. — Auch der Inhalt von Gesetzen pflegt nicht nach dem vermutlichen Willen des oder der Träger der Gesetzgebungshoheit, welche ihn vielleicht gar nicht kennen, sondern nach den erkennbaren Intentionen desjenigen, aus dessen Haupte der gesetzgeberische Gedanke entsprang, ausgelegt zu werden. Natürlich geht der erstere, wenn er in erkennbarer Weise von dem letzteren abweicht, diesem vor. So z. B. in dem Falle der *duplex interpretatio* der Justinianischen Pandekten.

²⁾ Nach Analogie des Satzes: *documentum referens sine relato nihil probat* könnte man sagen: *voluntas referens sine relato nihil efficit*.

nicht gedacht hat. So bei allen Äusserungen mit reinem Mitteilungszweck ohne weitere praktische Zwecke.

Ganz anders bei solchen Kundgebungen, die zu einem Handeln anregen, den Willenserklärungen. Hier lenkt sich die Aufmerksamkeit des Lesers oder Hörers auch auf Nebenäusserungen, die ihn über den Mitteilungszweck aufklären. Dazu verpflichtet ihn Treu und Glauben, insoweit der Urheber einer Mitteilung daran interessiert ist, dass man seine Nebenäusserungen beachte, damit er nicht Schaden leide (§ 157 BGB.).

Wenn z. B. jemand eine Verkaufserklärung für den Preis von 300 000 M. abgibt und aus Versehen einen anderen für seine Frau bestimmten Brief beilegt, aus dem hervorgeht, dass er für 500 000 M. verkaufen wollte, so darf der Empfänger ihn nicht bei dem Preise von 300 000 M. festhalten. Hatte er aber umgekehrt ihm den Gegenstand für 500 000 M. angeboten und durch den aus Versehen beigelegten Brief klargestellt, dass er eigentlich nur 300 000 M. verlangen wollte, so kann er an dem geringeren Preise nicht festgehalten werden¹⁾.

Somit gelten die unbeabsichtigten Nebenäusserungen nur zugunsten ihres Urhebers, nicht zu ihrem Schaden.

Das BGB. schweigt freilich über diesen Punkt, aber der hilfreiche § 157 BGB. muss auch hier zu gleichem Ergebnisse führen. Der § 133 BGB. ist mit seinem „Willen“, von dem er redet, zweifelhaft. Wollte man ihn etwa auf den blossen Mitteilungswillen beziehen, dann müssten die Nebenäusserungen (also auch der Brief an die Frau) gänzlich ausser Betracht bleiben. Wollte man ihn aber schlankweg auf den Erfolgswillen beziehen, dann müssten sie auch zum Nachteile des Erklärenden gelten, so dass der aus Versehen beigelegte Brief Rechte begründen müsste. Beides würde wenig befriedigen. *Medio tutissimus ibis*.

¹⁾ Die Ansicht von Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 32 ff. und S. 153 ff., dass Willensauslegungen keine tatsächlichen Feststellungen sind, vermag ich trotzdem nicht zu teilen. Der Sinn einer Erklärung ist eine Tatsache, die der Aussenwelt angehört und von Raum und Zeit des Äusserungsaktes abhängt. Ihre Feststellung sollte m. E. ein Vorrecht des unteren Gerichts sein, das der zu deutenden Sachlage näher steht, als der entferntere, wenn auch gelehrtere Revisionsrichter. Aus dem Lexikon sollen überhaupt Gespräche des täglichen Lebens nicht gedeutet werden.

Alles Gesagte bezieht sich aber nur auf mitteilende, d. h. wahrnehmungsbedürftige Willensäußerungen. Nur sie sind im strengen Sinne des Wortes auszulegen. Die sog. einsamen, d. h. in Einsamkeit nicht bloss herstellbaren, sondern auch vollwirksamen, also überhaupt nicht wahrnehmungsbedürftigen Willensäußerungen bedürfen einer eigentlichen Auslegung nicht. Bei ihnen handelt es sich nur um eine Willensfeststellung. Nicht der äussere Sinn der Willensbetätigung wird hier ermittelt, sondern der innere Sinn des Äussernden, und zwar nicht bloss aus dem Äusserungsinhalte, sondern aus jedem verfügbaren Hilfsmittel.

Dies gilt auch für die Annahme des Vertrags nach § 151 BGB., die nicht gegenüber dem anderen Teile geschieht (Aufschneiden eines Buches u. dgl.).

Aber auch die zwar wahrnehmungsbedürftigen, aber nicht richtungsbedürftigen Äusserungen, z. B. holographische Testamente, werden mit Hilfe aller Mittel zur Feststellung des wahren Willens gedeutet, soweit sie bei dem Beginn ihrer Geltung vorliegen. Hier wird dagegen niemand Anstand nehmen, von Auslegung zu sprechen, weil es bei ihnen nicht bloss auf den inneren Parteiwillen ankommt, sondern auf dessen Mitteilung. Daher wird man auch bei Testamenten aus dem formlos neben der Urkunde geäusserten Willen vielleicht einen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund schöpfen, niemals aber eine Rechtsfolge herleiten dürfen.

Die ältere Auslegungslehre krankte an der Vermischung der richtungsbedürftigen und der sonstigen Mitteilungen, und dieser mit den Äusserungen, die der Wahrnehmung nicht bedürfen. Auch § 133 des BGB. drückt sich ganz allgemein aus. Trotzdem haben wir das Recht, diese Unterschiede aufzudecken.

b) Der Sinn stillschweigender Äusserungen¹⁾.

§ 10.

Die unmögliche *conditio in praesens velata* schliesst die Geltung eines Vertrages aus. Kennt der Urheber des Vertrags-

¹⁾ Vgl. zu dem folgenden Glück, Pandektenkommentar Bd. IV S. 88 ff.; v. Savigny, System Bd. III § 132; Sintenis, Das praktische gem. Zivilr. I

antrages in ersichtlicher Weise ihre Unmöglichkeit, so gilt sein Antrag nicht. Kennt sie der Empfänger, so darf er ihn nicht annehmen. Sind beide in Unkenntnis des vorausgesetzten Umstandes, so ist der Vertrag unverbindlich, wenn die Parteien ihn ausdrücklich von der Feststellung der nicht vorhandenen Tatsache, z. B. einer fehlenden Eigenschaft des Geschäftsobjektes, abhängig machten¹⁾. Es ist ferner zweifellos, dass dies auch dann der Fall ist, wenn beide irrtümlich die Bedingung für erfüllt halten, aber dennoch zur grösseren Sicherheit ausdrücklich festgesetzt haben, dass die Aufklärung ihres Irrtums als auflösende Bedingung gelten solle.

Muss nun nicht auch das Gleiche gelten, wenn die Bedingung nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend festgesetzt worden ist?

Es scheint, als ob manche dies verneinen wollen²⁾. Es macht sich überhaupt neuerdings die Neigung geltend, gewisse

§ 18 3. Aufl. S. 152; Brinz, Pandekten 1. Aufl. S. 1551—1590; Schliemann, Die Lehre vom Zwange, Rostock 1861 S. 103 ff.; Schlossmann, Der Vertrag S. 326; Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts § 94 3. Aufl. S. 199, 200; Zitelmann, Irrtum und Rechtsgesch. S. 256—268; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. XX S. 44 ff.; Regelsberger in Endemanns Handb. d. Handelsr. Bd. II S. 387 f., Zürich 1859; Stössel, Die stillschw. Willenserklärung, Zürich 1859. Keiner dieser Darstellungen vermochte der Verfasser unbedingt beizutreten. Grundlegend wurde seitdem Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893; vgl. auch Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts, 1899 S. 23 und neuere Literatur bei Kipp-Windscheid, Pand. 9. Aufl. § 72 Anm. 8. Eine eingehende Beurteilung der ersten Auflage dieser Schrift siehe bei Graf Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 439 ff.

¹⁾ l. 120, dig. de verb. obl. 45, 1.

²⁾ Zitelmann (S. 597), welcher meint, dass der *error in qualitate* ein Geschäft nur dann entkräfte, wenn die Eigenschaft „in der Form“ der Bedingung zugefügt sei, scheint nur ausdrückliche Bedingungen zu kennen. In ähnlichem Sinne Göppert, KrVJSchr. Bd. 14 S. 427; Anders Cujacius, Opera Neapoli 1758 I p. 920 C. in stipulatione dotis inest haec conditio: si nuptiae sequantur. Anders auch Savigny III § 137 Anm. 1 in der Lehre vom *error in substantia*. Beispiele stillschweigender Resolutivbedingungen vgl. bei Regelsberger, Handbuch II S. 419 Anm. 14. Auch Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für Rechtsgeschäfte S. 275 Anm. 1, will keine stillschweigend gesetzten Bedingungen anerkennen. Dies entspricht weder den Quellen, noch einem nachweisbaren praktischen Bedürfnisse.

Bestimmungen von Verträgen, welche nur selten in stillschweigender Form vorkommen, geradezu nur dann als gültig anzuerkennen, wenn sie ausdrücklich abgeschlossen sind¹⁾.

Dies entspricht wohl den Vorschriften über Formalgeschäfte²⁾, dem für die freieren Geschäfte des *jus gentium* bestimmten römischen Rechte entspricht es nicht. Dies proklamiert ohne alle Einschränkung die Gleichstellung der stillschweigenden Vertragserklärung mit der ausdrücklichen in der *l. 2 pr. dig. de pactis 2, 14* (Paulus):

*Labeo ait convenire posse vel re: vel per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse sed etiam tacite consensu convenire intelligitur*³⁾.

An dieser Gleichstellung zu zweifeln, liegt sonach keine Veranlassung vor⁴⁾. Trotz dieser praktischen Gleichgültigkeit

¹⁾ Diese Tendenz hat sogar zu Partikularvorschriften geführt, welche diesen Unterschied sanktionieren; vgl. § 38 I 5 des preussischen allgemeinen Landrechtes und ebenda § 77 I 4 und über stillschweigende Entsayungen nach preuss. Rechte; Dernburg, Lehrbuch § 85 Anm. 10. Freilich wird dabei der Begriff des „Ausdrücklichen“ in einem besonderen Sinne genommen (vgl. Dernburg a. a. O. § 94 Anm. 12). — In noch schrofferer Weise unterschätzte Brissonius die Bedeutung der *tacita voluntas*, indem er das *velle* als ein *expressis et disertis verbis testari* definierte; vgl. dagegen *l. 2 dig. de pactis II 14*.

²⁾ A. M. Schliemann, Lehre vom Zwange S. 103 Anm. 6, doch ohne nähere Ausführung. Nur nach dem Satze: *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* (*l. 40 de reb. cred. 12, 1*) kommen stillschweigende Abreden auch bei Stipulationen in Betracht. — Schliemanns Behauptung (S. 112 Anm. 13), dass die *auctoritas tutoris* auch stillschweigend erteilt werden konnte, ist sicherlich nicht haltbar. Über die strengere Auslegung von Formalgeschäften vgl. namentlich Goldschmidt, Handb. d. Handelsr. Bd. I S. 333 § 35 Anm. 28 b.

³⁾ Vgl. hierzu Glücks Pandektenkommentar Bd. IV S. 88 und Schliemann, Die Lehre vom Zwange, Rostock 1861 S. 103 Anm. 7; *l. 57 pr. dig. de pactis 2, 14*; *l. 13 § 11 dig. loc. cond. 19, 2*.

⁴⁾ Wie kommt es, dass dieser Zweifel, den im allgemeinen auszusprechen niemand gewagt hat, doch im einzelnen, wie wir sahen, zu quellenwidrigen Einschränkungen des Gebiets der stillschweigenden Erklärungen hinführt? Vielleicht aus einer Verwechslung der nicht ausdrücklichen Erklärung mit der undeutlichen, vielleicht auch daraus, dass der Grundsatz der Formlosigkeit und die mit ihm enge verknüpfte Zulassung stillschweigender Erklärungen einen hohen Grad freien richterlichen Ermessens verlangt, wie ihn zwar das römische Prozessrecht, nicht aber das artikulierte Verfahren des Mittelalters,

des Unterschiedes zwischen den ausdrücklichen und den stillschweigenden Erklärungen ist dennoch die Begriffsbestimmung des *tacite convenire* von ausserordentlicher exegetischer und praktischer Bedeutung. Wie werden daher bei ihr die engste Fühlung mit den Quellen suchen¹⁾ müssen. Es gilt dies um so mehr jetzt, da das BGB. die stillschweigende Willensäußerung selbst nur stillschweigend anerkennt.

Ob es nötig ist, die stillschweigenden Willensäußerungen neben den ausdrücklichen einer besonderen Erörterung zu unterstellen, ist trotzdem zweifelhaft.

Eine der gründlichsten Monographien über diesen Gegenstand²⁾ kommt zu dem negativen Ergebnisse, dass der Begriff der stillschweigenden Erklärung kein einheitlicher sei, sondern verschiedene Erscheinungen zusammenfasse, die für die Rechtswissenschaft getrennt, und nicht als einheitliches Ganzes zu behandeln sind.

Und doch bestand bei den Römern ein handgreifliches Bedürfnis, diesen Begriff nach zwei Seiten als einheitlichen abzugrenzen, und dieses besteht noch heut.

Wir müssen einerseits das rechtswirksame menschliche Verhalten feststellen, das den Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterliegt. Andererseits müssen wir aus diesem Verhalten wiederum diejenige Gruppe von Erscheinungen heraus-schneiden, die dem Sonderrechte der ausdrücklichen Erklärungen entzogen sind.

Betrachten wir zunächst die erstgenannte Aufgabe.

Jedes wortlose Verhalten ist ein stillschweigendes. Aber nicht jedes ist ein rechtswirksames. Allein auch nicht jedes rechtswirksame Verhalten ist ein stillschweigender Willensakt, der den rechtsgeschäftlichen Vorschriften unterworfen ist.

die hohe Schule des Formalismus und der Engherzigkeit gewährte. Erst seitdem wir von diesen spanischen Schmirstiefeln befreit sind, verlernen wir die Scheu vor der Anwendung der freien Rechtsgrundsätze des klassischen römischen Rechtes.

¹⁾ Zitelmann scheint freilich auf die Übereinstimmung des von ihm definierten stillschweigenden Vertrages mit dem *tacite convenire* der Quellen kein Gewicht zu legen (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 256 ff.). Er sieht z. B. in *l. 57 pr. dig. de pactis 2, 14* eine ausdrückliche Erklärung (S. 266).

²⁾ Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893.

Wer den Umfang der stillschweigenden Willensäußerungen nicht genau abgrenzen kann, der weiss daher auch nicht, wie weit die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Erklärungen reichen.

Dies gilt auch vom Rechte des BGB. Auch diesem zufolge muss man die rechtliche Willenserklärung von den rechtswirksamen Parteizuständen, die überhaupt keine Willenserklärungen sind, sondern¹⁾.

Diese Akte unterliegen nicht den Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, Willensmängel, Vertretung u. dgl. Ihre Zuzählung zu den rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen kann daher nur Verwirrung erzeugen. Sie sind nicht von der Rechtsordnung als Mittel zur Erzielung rechtlicher Erfolge anerkannt. Sie wirken nicht kraft gesetzlicher Ermächtigung und ihr Inhalt geht auch nicht darauf, kraft einer solchen Ermächtigung einen Rechtserfolg hervorzurufen.

Wenn wir also die wortlosen rechtserheblichen Willensäußerungen von den wirksamen Nichtrechtsgeschäften absondern müssen, so bedarf es andererseits ihrer Abgrenzung gegen die Äusserungen, denen das Sonderrecht der ausdrücklichen Geschäfte gebührt.

Gibt es nunmehr aber noch ein solches Sonderrecht, da das BGB. es nicht erwähnt?

In Rom gab es bekanntlich eine Periode, in der die Hauptgeschäfte des bestimmten stilistischen Formulars bedurften. Damals war die ausdrückliche Erklärung die formularmässige (*directis verbis*). Die wesentlichen Bestandteile konnten damals nur auf solche Weise fortgesetzt werden, nicht auf andere (*tacite*). Bei Nebenbestimmungen drückte man ein Auge zu und nahm es auch mit der Deutung der *verba directa* nicht so streng, so dass auch diese, wenn man über die Worte hinaus-

¹⁾ Dahin gehören namentlich das Erdulden der Verschweigung und das Eintretenlassen einer Verjährung. Der Unterschied dieser Zustände von der stillschweigenden Erklärung wird namentlich erwiesen von Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893 S. 238 ff. Andere Beispiele sind die untrennbare Verbindung (§§ 946, 947 BGB.) und die Zerteilung eines mit einer Servitut belasteten Grundstücks.

ging, einen Gedanken wirksam machen konnte, der ohne Formularworte erklärt war¹⁾.

Damals waren alle *verba indirecta* nur *concludente* Worte. Das Formularwort redete *expressis verbis*. War der Inhalt des Formulars mit ungebräuchlichen Worten anerkannt worden, so lag ein *silentio convenire* vor, d. h. ein *convenire sine verbis expressis*²⁾.

Der Formularzwang schwand im spätrömischen Rechte; die Spuren des Sprachgebrauchs, den er erzeugt hatte, blieben. Die *verba indirecta* stellte man den *directa* gleich. Das *tacite* behielt aber in anderer Hinsicht seine praktische Bedeutung. Wenn auch die stilisierten Formulare verschwanden, so blieb doch die Notwendigkeit der Wortform, und zwar bei den Stipulationen der gesprochenen Worte, bei den schriftlichen Verträgen der geschriebenen.

Das Erfordernis der gesprochenen Stipulationsworte haben wir nicht mehr, wohl aber ein Erfordernis geschriebener Worte bei allen schriftlichen, gerichtlichen und notariellen Verträgen.

Bei allen diesen verbietet sich die Festsetzung des wesentlichen Inhalts durch wortlose Kundgebungen (*tacite* in einem engeren Sinn)³⁾.

Darum müssen wir noch heute die Willensäußerungen durch Worte von den wortlosen Festsetzungen sondern.

Gefährlich ist die Verwechslung der stillschweigenden Erklärung mit der unbeabsichtigten Klarstellung eines Willens⁴⁾.

¹⁾ Daher stammt wohl die uns befremdende Gewohnheit, den vom Wortlaut abweichenden Sinn einer ausdrücklichen Erklärung als *tacita voluntas* zu kennzeichnen, Ehrlich a. a. O. S. 12 ff.

²⁾ Ehrlich S. 12 Anm. 31 Dig. XIX 2 fr. 57 pr. Der Erklärungsinhalt war nicht *tacite* geäussert, wohl aber der Erklärungsakt.

³⁾ Vgl. hierzu Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. S. 134 ff.

⁴⁾ Vgl. z. B. Windscheid, Arch. f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 74. „In dem Falle, welchen man mit dem Ausdrucke stillschweiger Willenserklärung bezeichnet, wird auf den Willen einer Person geschlossen aus Handlungen dieser Person, welche dieselbe nicht zu dem Ende vorgenommen hat, um ihren Willen zu erklären“. Anders Pandekten 5. Aufl. § 72.

Letztere wollen manche nach einem lobenswerten Sprachgeföhle überhaupt nicht Erklärungen nennen¹⁾.

Jedenfalls kann die wortlose Willensäußerung sehr wohl als solche beabsichtigt sein²⁾; man denke z. B. an den stillschweigenden Schulderlass Fuggers durch das Verbrennen der Schuldscheine in Gegenwart des Kaisers u. dgl. Sie kann freilich ebenso, wie „Steine redend zeugen“ (Brinz), auch einen ihrem Urheber unerwünschten Einblick in sein Inneres gewähren, doch auch die ausdrückliche kann es. Man denke an den Ausruf des bekannten Freundes des Timotheus, an ein Schuldbekennnis im Somnambulismus oder durch Reden im Traume, oder an die unerwünschte Absendung einer Offerte aus Zerstreuung. Ist die Unabsichtlichkeit erkennbar, so kann ein wirksamer Vertrag aus einer solchen Erklärung nicht entstehen. Nach der früher herrschenden Meinung sogar dann nicht, wenn sie nicht erkennbar ist. Wäre also die stillschweigende Kundgebung mit der unabsichtlichen identisch, so würde es stillschweigende Verträge dieser Meinung zufolge überhaupt nicht geben.

Die Absichtlichkeit ist also kein Kriterium der Ausdrücklichkeit³⁾.

Nach Abwehr dieser Verwechslung müssen wir in der Lehre von den stillschweigenden Willensäußerungen alle solchen Äußerungen ausscheiden, die der Wahrnehmung nicht bedürfen, also auch in der Einsamkeit vollwirksam werden, wie Besitzergreifungen, Verarbeitungen, Aufschneiden bestellter Bücher u. dgl. Sie geschehen alle schweigend und bei ihnen bedarf es keiner Auslegung eines geäußerten Gedankeninhalts, sondern

¹⁾ Der Dieb, der um den Hühnerstall schleicht, offenbart seine Absicht, aber er erklärt sie nicht.

²⁾ arg. l. 2 dig. cit. 2, 14 sed etiam tacite consensu convenire intelligitur, et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse ne peterem.

³⁾ Nach dem im Texte Ausgeführten kann es auch durchaus nicht als richtig zugegeben werden, dass (vgl. z. B. Hesse, Dogm. Jahrb. Bd. 15 S. 73) zu der stillschweigenden Erklärungshandlung eine grössere Kenntnis von ihrer Bedeutung gehöre, als zu der ausdrücklichen. Nur bei den Mitteilungen, die durch reines (bewegungsloses) Schweigen geschehen, ist dies richtig (s. unten).

nur einer Feststellung des inneren Willens. Diese geschieht, wie überall, durch Rückschlüsse vom äusseren Verhalten auf das Innere.

Bei ihnen sind keine Bedingungen möglich, also auch nicht die Bedingung der Richtigkeit eines Umstandes (der Abwesenheit eines Irrtums). Ebenso gibt es auch bei ihnen keine Anfechtungen wegen Irrtums; es fehlt der anzufechtende Mitteilungsinhalt¹⁾.

Der Gegensatz der stillschweigenden Erklärungen zu den ausdrücklichen bezieht sich also nur auf Mitteilungen.

Hier sind nun wiederum drei Arten zu unterscheiden:

1. Die Mitteilung durch Zeichensprache, welche teils einzelne Worte wiedergibt (z. B. eine chiffrierte Depesche), teils ganze Gedanken auf einmal, wie Trompetenstöße und Signale durch Glockentöne oder Feuerzeichen²⁾. Insoweit es Zeichensprachen gibt, welche die einzelnen Worte wiedergeben, wie z. B. die der Taubstummen, werden wir sie heutzutage der mündlichen Rede gleichstellen müssen³⁾. Dies wird dadurch erwiesen, dass das Zeigen auf einen Menschen genau soviel gelten soll, wie die Nennung seines Eigennamens⁴⁾. Was aber von den Eigennamen gilt, muss auch von den anderen Wörtern der Sprache gelten⁵⁾. Dies gilt aber nicht von solchen Geberden, welche nicht bestimmte Worte in formulierten Sätzen, sondern in anderer Weise Gedanken direkt wiedergeben⁶⁾.

¹⁾ Das alles ist vielfach betont worden; vgl. Hellmann, Verträge über das BGB. 1897, der S. 60 Willensverwirklichungen und Willenserklärungen sondert, des Verf. allg. Teil des BGB. S. 250 ff. und namentlich Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, Breslau 1901.

²⁾ Auch bei chiffrierten Depeschen ist oftmals ein Wort das Zeichen für einen ganzen Satz.

³⁾ Wenn Brinz S. 1557 meint, das factum concludens werde neben seinem eigentlichen Zwecke noch nebenher zum Worte, so stimmt der Verf. dem nur dann bei, wenn hier unter „Wort“ nichts anderes als „irgend ein Gedankenausdruck verstanden sein soll“. Bei der verborum obligatio genügt die Geberdensprache nicht, arg. Dig. l. 22 de verb. obl. 45, 1.

⁴⁾ Arg. l. 6 dig. de rebus creditis 12, 1, l. 59 (58) dig. pr. de hered. instit. 28, 5, vgl. auch l. 9 § 8 dig. eodem.

⁵⁾ Auch das Kopfnicken bedeutet das bestimmte Wort „Ja“ und enthält also auch eine ausdrückliche Erklärung; vgl. Brinz, Pandekten S. 1557; Schliemann S. 105; Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 368.

⁶⁾ So z. B. die Geberde des Trinkens seitens eines Taubstummen,

2. Die Nebenbedeutung einer ausdrücklichen Erklärung, z. B. die Erbschaftsannahme durch Klage aus einem vererbten Anspruch oder Verzicht auf eine Erbschaftsforderung. Diese Nebenbedeutung ist nicht mit Worten erklärt¹⁾ und insofern tacite, aber immerhin ganz deutlich (expressim oder nominatim).

Willensäußerungen mit doppelter Bedeutung sind nur eine Unterart der stillschweigenden Äusserung, was zuweilen verkannt wird²⁾.

der sich dadurch bei dem Kellner ein Glas Bier bestellen will. Nach Schliemann S. 105 und nach Zitelmann (ähnlich Regelsberger, Handbuch Bd. 2 S. 387) sind alle solche Handlungen ausdrückliche, welche nach der Verkehrssitte oder der Regel des Lebens einen Gedanken auszudrücken bestimmt sind. Hiernach würde also z. B. das Heranwinken einer Droschke ein ausdrücklicher Vertragsantrag sein. Allein die Wiedergabe eines Schuldscheins ist sicherlich nach der Verkehrssitte ein Schuldverlass, ebenso ist die Zinsannahme eine Stundung und doch heissen beide geradezu tacitae conventiones (vgl. l. 2, l. 57 dig. de pactis 2, 14). Man wirft vielleicht die Frage auf, wann denn überhaupt nach jenen zu engen Definitionen eine stillschweigende Willenserklärung vorkommen kann. Sicherlich doch nur dann, wenn jemand einen Gedanken durch ein selbsterfundenes pantomimisches Mittel ausdrückt oder nach Grundsätzen, welche auf seinen besondern Lebensgewohnheiten beruhen (z. B. regelmässiges Hinlegen der für Bettler bestimmten Küchenabfälle an einen und denselben Platz). Wenn nun Schliemann gar behauptet (S. 104), bei der stillschweigenden Erklärung rede jeder „in seiner besonderen Sprache“, so ist dies gegenüber der l. 2 dig. de pactis 2, 14 sicherlich nicht richtig. Man kann auch ausdrückliche Erklärungen in einer — vielleicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen — selbsterfundenes Sprache abgeben. In den Quellen ist wiederholt von einem nutus die Rede, ohne dass mit Bestimmtheit festgestellt werden kann, ob damit eine Zeichensprache oder eine Geberde der letzterwähnten Art und ob damit eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung gemeint sein soll. Vgl. l. 17 dig. de novat et delegat. 46, 2; l. 67 (65) § 3 dig. ad. S. C. Trebell 36, 1; l. 52 §§ 9, 10 de obl. et act. 44, 7 und hierzu Schliemann S. 104 Anm. 7 a. E., ferner l. 1 § 3 dig. de assign. libert. 38, 4; l. 21 pr. dig. de legatis III.

¹⁾ Ich glaube, dass man hier nicht einmal von verba indirecta reden kann, obwohl dies nicht ganz zweifellos ist. Diese Erklärungen sind, sofern sie wörtlich sind, allerdings nicht absolut wortlos, wohl aber relativ wortlos. Nur der Hauptsinn ist in Worte gekleidet, der Nebensinn aber durch eine Schlussfolgerung aus der Gesamtheit der gebrauchten Worte zu gewinnen.

²⁾ Vgl. Savigny, System Bd. III S. 245; Arndts Pand. § 64.

In allen solchen Fällen muss man die klar beabsichtigte Äusserung (Hauptäusserung) von ihrem Nebensinne trennen, die aus ihr bloss gefolgert wird¹⁾.

Die Hauptäusserung braucht nicht eine Mitteilung zu sein. Sie kann auch in einem anderen Akte bestehen, der nicht rechtsgeschäftlicher Natur ist²⁾.

Hierher gehören die von Ehrlich sogenannten Realabschlüsse des Vertrags durch Erfüllungs- oder Aneignungshandlungen³⁾.

Fraglich ist, ob in solchen Fällen die Nebenäusserung von der Partei mitgewollt ist, oder ob diese nur die Hauptäusserung erklären will.

Vielleicht ist das eine der Fall, vielleicht auch das andere. Einsichtige und aufmerksame Parteien sind sich der Nebenbe-

¹⁾ Diese Erklärungen kann man in einem besonderen Sinne mittelbar nennen, weil sie nur mittelbar (durch eine besondere Schlussfolgerung aus einer anderen Äusserung) verständlich sind. In einem anderen Sinne wurden aber von Brinz, Pand. 1. Aufl., alle stillschweigenden Erklärungen mittelbare (d. h. mittelbar kundgegebene) genannt, weil sie neben den Sprachgesetzen besonderer Deutungsmittel bedürfen. Der Sinn des Wortes „mittelbar“ ist eben vieldeutig. Es kommt immer darauf an, an welches Mittel man gerade denkt. Daher herrscht über die Brauchbarkeit dieses Beiworts zur Kennzeichnung der stillschweigenden Äusserungen Streit und Unklarheit. Gegen sie Savigny, System III § 131 S. 242. A. M. Regelsberger in Endemanns Handbuch II S. 387. Man wird gut tun, diese Ausdrucksweise zu vermeiden. Die Rückgabe des Schuldscheins ist nichts Mittelbareres als ein ausdrücklicher Schuldverlass. Man erspart sich sogar die gesprochenen Worte. Wer z. B. auf ein Reglement oder ein Formular ausdrücklich hinweist, der gibt keine stillschweigende Erklärung ab, und doch nimmt er einen Gedankeninhalt nur mittelbar in seine Erklärung auf.

²⁾ Vgl. Danz, Auslegung 2. Aufl. S. 5 Anm. 1: „Ich gehe in einen Zigarrenladen, nehme mir, ohne ein Wort zu sagen, eine Zigarre und zünde sie an“. Die Hauptäusserung zeigt den Willen des Rauchens, sonst nichts. Geht sie von einem Diebe aus, so hat sie keinen privatrechtlichen Nebensinn. Im andern Falle lautet dieser: „Ich kaufe die Zigarre zu dem üblichen Preise und vollziehe den stillschweigend angebotenen Traditionsakt“.

³⁾ Ehrlich S. 112, vgl. hierzu l. 44 Dig. de solut. 46, 3; l. 3 § 12 Dig. de donat. inter vir et uxor 24, 1 (celeritate actionum inter se conjugendarum usum occultari); vgl. hierzu Ihering, Geist des röm. Rechts 3. Aufl. Teil II § 37 S. 316 Anm. 473; Lotmar über causa S. 43 ff.; Karlowa, Rechtsgeschäft S. 169 ff.; Schliemann S. 108.

deutung ihres Verhaltens bewusst, unkluge und zerstreute aber nicht.

Hier wird nun die Denkart der ersteren Menschenklasse als massgebend angesehen, ne melioris conditionis sint stulti quam periti¹⁾.

3. Die grössten Schwierigkeiten macht die Mitteilung eines Beistimmungsgedankens durch einfaches Schweigen unter besonderen Umständen²⁾.

Dass das bewegungslose Schweigen nicht unter allen Umständen als Zustimmung gilt, ist unbestritten. Zum Überfluss sagt dies ausdrücklich Ulpian in lex 2 § 2 Dig. soluto matrimonio 24, 3:

Sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate ejus id factum cavendumque ratam rem filiam habituram, ebenso Ulpianus in l. 1 § 3 Dig. de tributoria actione 14, 5: Non enim velle debet dominus, sed non nolle³⁾ (= nicht widersprechen).

Geradezu gemeingefährlich, weil irreführend, ist daher der Satz: Qui tacet consentire videtur (cap. 43 de reg. juris in 6 to).

Man darf ihn nicht dahin deuten, dass jedes Schweigen Beistimmung ist⁴⁾. Sein Sinn ist vielmehr: Da, wo nach allgemeinen Auslegungsregeln ein Schweigen als Beistimmung gilt, fällt es unter die Vorschriften über consentire.

Man hat den Satz im erstgenannten Sinne dadurch zu retten gesucht, dass man unter consentire lediglich die Zustimmung zu dem Geschäfte eines Dritten sah⁵⁾. Dieses Aushilfs-

¹⁾ l. 4 Dig. quod vi aut clam 43, 24 (Venulejus).

²⁾ Man hat dies ein „beredtes Schweigen“ genannt (Regelsberger, Handb. II S. 391 Anm. 24; Laband, Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. XVII S. 469, 480, 484; Danz, Die Auslegung der Rechtsgesch. 2. Aufl. 272 und 273, woselbst weitere Beispiele).

³⁾ Darin liegt m. E. die Unterdrückung eines Widerspruchsgelüstes (nolle). Vgl. über das nolle Bülow im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 62 S. 82, 83 und über die vorliegende Frage Hesse, ebenda Bd. 57 S. 195, sowie die dort angegebenen Belege.

⁴⁾ Wer schweigend durch Neapel wandert, von zudringlichen Vertrags-offerten fast betäubt, würde hiernach sehr schlecht fahren.

⁵⁾ So Brinz, Pand. 1. Aufl. S. 1560 und die 1. Aufl. S. 200 Anm.

mittel versagt nunmehr, da die Einheit des Konsensbegriffes feststeht¹⁾.

Wir sehen ja auch, dass auch bei diesem Konsens zu fremden Geschäften das Schweigen nicht immer als Beistimmung gilt²⁾.

Richtig ist nur, dass man eher dann Anlass hat, sein Schweigen zu brechen, wenn man etwas sieht oder hört, was man verbieten kann, als wenn man von zudringlichen Vertragsanträgen belästigt wird³⁾.

Da nun, wie wir sehen, zu dem Konsens nicht bloss ein Erklärungsinhalt (declaratum) gehört, der aus dem Verhalten des Schweigenden hervorgeht, sondern auch ein Erklärungsakt (declarare), so kommt man in Verlegenheit, wo man diesen Akt bei dem völligen Schweigen einer Person suchen soll. Man muss zu diesem Zwecke in die Seele des Erklärenden hinabsteigen und dort die innere Vorgeschichte des „beredten Schweigens“ beobachten.

Wo es auf Teilnahmslosigkeit beruht, da beweist es nichts. Wo ein „finsteres“ Schweigen Ablehnungsgedanken offenbart, da beweist es das Gegenteil der Zustimmung. Nur da, wo die Verhältnisse so liegen, dass ein natürliches Widerspruchsgelüst (ein nolle) durch einen entgegengesetzten Trieb des Einverständnisses überwunden und dadurch ein Zustand des Schweigens hervorgerufen wird, kann man an eine Beistimmung denken. Das Ereignis (non nolle)⁴⁾ ist der erforderliche Bei-

Meinen dort geäusserten Widerspruch gegen Thomsen, Die rechtl. Willensbestimmung, Kiel 1882 S. 32, ziehe ich jetzt zurück.

¹⁾ Vgl. oben S. 62.

²⁾ Arg. l. 2 § 2 cit. sol. natr. 24, 3.

³⁾ Anwendungen des Grundsatzes des cap. 43 cit. de reg. juris in 6 to vgl. in c. 5 Cod. de nupt. V 4; l. 7 § 1 dig. de sponsal. 23, 1; l. 12 dig. de S. C. Maced. 14, 6, wo die Worte ignorante creditore überflüssig zu sein scheinen; l. 12, 16 Dig. eod. 14, 6; l. 2 pr. D. ad municip. 50, 1 c. 1 Cod. de filiis. 10, 62 (60). — Gegen eine unzutreffende Einschränkung des Grundsatzes des c. 43 cit. durch Savigny, System Bd. III § 132 vgl. Brinz, Pand. S. 1559 und Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts § 94 Anm. 5, letztere auch über l. 142 Dig. de reg. juris L. 17. Im Sinne Savignys Sinteris I § 18 Anm. 28.

⁴⁾ l. 1 § 3 cit. Dig. XIV 4 de trib. act.

stimmungsakt. Wo er fehlt, da kann die Äusserung, die man aus dem Schweigen herauszulesen vermag, ebensowenig gelten, wie ein ohne Willen des Schreibers abgesandter Brief.

Dieser innere Erklärungsakt kann natürlich, wie alle Seelenzustände, nur durch einen Rückschluss aus äusseren Umständen festgestellt werden. Wo er durch irgend einen Irrtum ausgeschlossen ist, da kann das Schweigen ebensowenig gelten, wie etwa ein Brief, der ohne Willen seines Verfassers infolge eines Irrtums von einem andern abgesandt worden und angekommen ist.

Die Mitteilung durch blosses Schweigen nimmt also in der Tat eine Sonderstellung ein und ist in höherem Masse als die ausdrückliche Mitteilung von der psychologischen Vorgeschichte abhängig¹⁾.

Allein auch diese Sonderstellung ist nur eine scheinbare. Sie ist nur eine folgerichtige entsprechende Anwendung des Rechts der vox ambigua auf das mehrdeutige wortlose Verhalten. Ein bewegungsloses Schweigen ist als solches, wie wir sehen, immer mehrdeutig. Folglich muss der Ausleger bei ihm immer in die Seele des Schweigenden eindringen und aus dem Bilde seiner inneren Regungen feststellen, ob es einen Erklärungsakt darstellt oder nicht.

Allerdings wird mit Entschiedenheit bestritten, dass es solche innere Handlungen gebe, die zu äusseren Unterlassungen hinführen²⁾.

Wenn der Verfasser das Gegenteil behauptete, so folgte er dem Sprachgebrauche Bekkers³⁾. Es muss zugegeben werden, dass die Etymologie des Wortes Handlung (von der Hand) auch die Redeweise des BGB. (§ 241) und des Handelsgesetzbuches (§ 346) nicht recht zu solchen Akten passt, die sich, wie Schopenhauer sagen würde, unter der Haut vollziehen. Wenn man daher auch das Wort Handlung bei ihnen

¹⁾ Der Grundgedanke der ersten Auflage, dass der innere Wille kein Tatbestandsmoment des Vertragsabschlusses ist (zustimmend Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 298), erleidet also hier eine sehr wichtige Ausnahme.

²⁾ So namentlich Isay, Die Willenserklärung Seite 8.

³⁾ System des Pandektenrechts II S. 8.

vermeidet, so sind sie doch Willensakte, da jeder Mensch sich für sie ebenso verantwortlich fühlt, wie für Körperbewegungen. Darum können sie auch Erklärungsakte sein.

Hierher gehört die stillschweigende Annahme des Geschenkten oder Übergebenen (§§ 516, 929 BGB.)¹⁾. Da unser Gesetzbuch hier nur ein „Einigsein“, nicht ein „Einigwerden“ verlangt, so verlegt es den erfordernten Erklärungsakt in die Seele des Empfängers.

Da man also mit Recht bei solchen bewegungslosen Bestimmungen das Wort Handlung vermeidet, so muss man statt des üblichen Ausdruckes „concludente Handlungen“ von „concludentem Verhalten“ reden. Der Ausdruck ist aber deshalb nicht zu empfehlen, weil ja auch die ausdrücklichen Handlungen einen Schluss auf ihren Sinn gewähren, wie sogleich ausgeführt werden soll.

In den Quellen sind die Begriffe ausdrücklich und stillschweigend, nicht in solcher Schärfe, wie es neuerdings geschieht, einander gegenübergestellt²⁾, dennoch entsprechen sie aber durchaus dem Inhalte der Quellen.

Sicher ist, dass man die geschriebenen Worte den gesprochenen gleichstellte³⁾, lex 36 dig. de oblig. et action 44. 7 (Paulus):

Non figura litterarum, sed oratione quam exprimunt litterae, obligamur quatenus placuit non minus valere, quod, scriptura, quam, quod vocibus lingua figuratis (durch Worte, die mit der Zunge gebildet sind) significaretur.

Das verbis expressum erscheint als technischer Ausdruck⁴⁾

¹⁾ Ehrlich, Stillschw. Erkl. S. 288 Nr. 3, hält hier gar keine Annahme für nötig. Dies entspricht nicht dem BGB., aber auch nicht dem gemeinen Recht. Wenn ich mir eine Schenkung verbitte und ihr Gegenstand mir in das Haus gebracht ist, so ist die Schenkung nicht zustande gekommen.

²⁾ Paulus unterscheidet in der lex 2 cit. D. 2, 14 das convenire re, das convenire per epistolam vel per nuntium und das tacite convenire.

³⁾ „Wort“ bedeutet hier also im weiteren Sinne einen oder mehrere Buchstaben, welche nach dem Sprachgesetze eine bestimmte Bedeutung haben.

⁴⁾ Vgl. folgende Redewendungen: Non satis in ea re legislatorem voluntatem suam verbis expressisse Gajus. III 76 si expresserit iudex summam in sententiis l. 59 pr. de re jud. 42, 1. Interdum haec adjectio testatoris voluntatem exprimit. l. 13 pr. dig. de hered. inst. 28, 5 oratio quam exprimunt

und war jedenfalls im Sinne der Pandektenjuristen auf eine formulärmässige Äusserung *verbis expressis* zu beschränken, ist aber im Sinn Justinians auf jedes *verbis directis vel indirectis expressum* zu beziehen¹⁾. Das *tacitum* ist überall der Gegensatz hierzu, also in Justinianischem Rechte jede wortlose Äusserung²⁾.

Besondere Auslegungsgrundsätze für den Inhalt der stillschweigenden Erklärungen gibt es nicht. Man hat mit Unrecht solche behauptet³⁾.

litterae. l. 38 dig. de obl. et a. 44, 7 *id nisi palam verbis exprimitur*. l. 99 pr. dig. de v. o. 45, 1. *Nulla formula ad conditionis fictionem exprimitur*. Gajus IV 33. Vgl. auch l. 52 § 9 de obl. et act. 44, 7: *etiam nudus sufficit consensus, quamvis verbis hoc exprimi, possit*.

¹⁾ So behandelt Brinz 1. Aufl. S. 1570 die ausdrückliche Erklärung eines Gedankens als den Ausdruck des Gedankens, welcher diesen direkt enthält, sobald man sie lediglich nach den Regeln der Grammatik und der Syntax betrachtet, direkt, insofern der Erklärungsempfänger zu ihrem Verständnis anderweitiger Mittel nicht bedarf. Schliemann meint, die ausdrückliche Erklärung durch Worte sei nur eine Unterart der ausdrücklichen Erklärung (S. 104 Anm. 7 a. E.). Wahrscheinlich ist bei ihm die Verwechslung des Ausdrücklichen mit dem Deutlichen mituntergelaufen. Schlossmann, Vertrag S. 326, fasst den Tatbestand des stillschweigenden Versprechens im allgemeinen richtig auf, ist aber dabei von der ihm eigentümlichen Verschmelzung der Kontraks- und Deliktsforderungen beeinflusst. Diese kann der Verfasser von seinem Standpunkte aus nicht billigen, da die Wissenschaft nicht zusammenfügen soll, was die Quellen scheiden.

²⁾ Beispiele stillschweigender Erklärungen finden sich in der *lex 31 dig. de leg. III* l. 5 dig. *ratam rem haberi* 46, 8; l. 2 § 1 57 dig. *de pactis* 2, 14; l. 24 dig. *de probat.* 22, 3; l. 20 pr. § 1, 4 dig. *de acquir. her.* 29, 2; l. 26 § 1 dig. *de pign.* 20, 1; l. 6 § 2 dig. *mandati* 17, 1; l. 60 dig. *de regulis juris* 50, 17; l. 14 § 7, 8 *de religiosis* 11, 7; l. 13 § 11 dig. *locati* 19, 2; l. 4 § 3 dig. *de fidejuss. tutor.* 27, 7; l. 38 (37) pr. dig. *ad. S. C. Trebell.* 36, 1; l. 7 dig. *de lege commissoria* 18, 3; l. 19 dig. *de aqua pluv.* 39, 3, l. 15 § 1 *de usufr. leg.* 33, 2; l. 8 dig. *quemadm.* 8, 6 *est. 5. Cod. de re jud.* 7, 52, c. 14 *Cod. de solut.* 8, 42 c. 7. *Cod. de remiss.* 8, 25 (26) § 7 *inst. de her. qual.* 2, 19. Die l. 1 § 4 dig. *de adgnos. lib.* 25, 3 enthält keinen stillschweigenden Konsens, sondern eine Strafe des Schweigens, ähnlich ist wohl auch die *est. 5 § 1 Cod. de rec. arb.* 2, 55 (56) aufzufassen.

³⁾ Mit Recht verwirft Savigny (System III S. 243 nota a) die Behauptung Göschens (Vorlesungen I S. 274), dass die stillschweigenden Erklärungen durch Schlussfolgerungen ausgelegt werden, die ausdrücklichen nicht. Gegen eine unrichtige Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII, 1873 (S. 287, 288), welche ohne allen Grund den Art. 278 bei still-

In der Tat bedarf es ihrer nicht¹⁾. Die Auslegungsgrundsätze über ausdrückliche Erklärungen sind vielmehr auf stillschweigende durchaus analog anwendbar. Bei beiden liegt ein äusseres Verhalten des Erklärenden vor, aus welchem von dem Standpunkte des Empfängers der Erklärung auf den vermutlichen Willen dessen, der die Erklärung abgibt, geschlossen werden soll²⁾. Nur der Inhalt des wahrnehmbar Gemachten und der logische Obersatz, aus welchem jener Schluss geschieht, sind in beiden Fällen verschieden. Dort handelt es sich um Worte, welche den Gedanken geradezu abspiegeln, hier nicht um ein Spiegelbild des Gedankens, sondern um ein anderes Merkzeichen. Dort wird der logische Obersatz des Schlusses durch das für den Erklärenden massgebende Sprachgesetz gebildet. Indem der Ausleger es an die Worte anlegt, vermag er auf den Gedanken, welchen sie abspiegeln sollen, einen fast immer treffenden Rückschluss zu machen. Bei den stillschweigenden Erklärungen ist dieser Rückschluss entweder unanwendbar oder da, wo eine stillschweigende Erklärung in Worten geschieht, nicht ausreichend. Hier muss als logischer Obersatz statt des Sprachgesetzes eine Regel des Lebens angesehen werden oder richtiger noch eine andere Regel als das Sprachgesetz³⁾; denn auch dieses ist eine Regel des Lebens und vielleicht die mächtigste von allen.

schweigenden Erklärungen unbeachtet lassen wollte, vgl. Thöl, Handelsr. 6. Aufl., 1879 § 248 Anm. 3, Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 45 Anm. 29, Regelsberger in Endemanns Handb. Bd. II S. 389 Anm. 13; die unrichtige Ansicht Göschens findet sich noch bei Sintenis, Prakt. gem. Zivilr. I § 18 Anm. 22. Auch die Definition des preuss. Landr. § 58 I 4 ist zu weit.

¹⁾ Deshalb konnte das BGB. wagen, sie unerwähnt zu lassen. Um hervorzuheben, dass wortlose Äusserungen nicht geschrieben zu werden brauchen, bedurfte es eines Gesetzeswortes nicht. Eine Gleichstellung der stillschweigenden Erklärung mit der ausdrücklichen war deshalb überflüssig, weil Ausdrücklichkeit der Erklärung (anders als im älteren röm. Recht) nirgends mehr verlangt wird.

²⁾ Dass auch bei der ausdrücklichen Erklärung der Sinn nur durch einen Schluss klar wird, zeigt sich darin sehr deutlich, dass der der Sprache des Erklärenden Unkundige diesen nicht versteht, weil ihm der logische Obersatz fehlt. Diese Schlussfolgerung wird darum so oft übersehen, weil sie sich sehr schnell und leicht zu vollziehen pflegt.

³⁾ Bei den stillschweigenden Erklärungen eines Gedanken durch die aus-

Wie nun bei den ausdrücklichen Erklärungen oft mehrere verschiedene Sprachgesetze in Frage kommen, unter denen eine Auswahl getroffen werden muss, so wird es auch bei den konkludenten Handlungen zweifelhaft, welche von mehreren Regeln des Lebens und Arten von Gewohnheiten im Zweifel anwendbar werden sollen. Auch hier wird es genau so gehalten, wie bei den ausdrücklichen Erklärungen. In erster Linie muss also auch hier nicht, wie man bisweilen behauptet¹⁾, die allgemeine Regel des Lebens entscheiden, sondern die erkennbare besondere Absicht des Erklärenden²⁾. In zweiter Linie werden die Gewohnheiten des besonderen Personenkreises, welchem er angehört, in Frage kommen, z. B. diejenigen seines Standes und Berufes. In dritter Linie kommen dann die allgemein menschlichen Gewohnheiten in Frage; gesetzliche Bestimmungen aber, die Interpretationsregeln enthalten, wie z. B. Art. 323 (jetzt § 362) des Handelsgesetzbuches, werden wir aus den oben entwickelten Gründen auch hier erst an vierter Stelle berücksichtigen können³⁾.

Auch hier wird aber daran festzuhalten sein, dass für

drückliche eines andern wird zunächst dieser nach den oben (§ 9) entwickelten Gesetzen ausgelegt und das Ergebnis sodann ebenso interpretiert wie jede andere konkludente Handlung.

¹⁾ Dass auch hier in erster Linie erkennbare individuelle Gewohnheiten massgebend sind, wird darum oft übersehen, weil solche im einzelnen Falle meist fehlen.

²⁾ Wer sich zu einer gewissen Zeit an eine Gasthaustafel setzt, bestellt damit nach den allgemeinen Regeln des Lebens ein Mittagessen. Regelsberger, Handb. II S. 429; Kühn, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 24. Weiss aber der Wirt, dass er schon auf seinem Zimmer gespeist hat, und sich nur, um Gesellschaft zu haben, mit an die Wirtstafel setzt, so darf er jenes Verhalten nicht als Vertragsantrag auffassen; vgl. auch das von Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 263 Anm. 230, mitgeteilte Telegramm: „Schicken Sie mir sofort Ihre diesbezügliche Offerte, mein Schweigen über Telegrammfrist hinaus betrachten Sie als Annahme“. Hier ist die Erklärung durch Schweigen eine stillschweigende, ihre Auslegungsnorm aber eine ausdrücklich festgestellte.

³⁾ Natürlich nur auf dem Gebiete des sog. subsidiären oder dispositiven Rechts. Ein jus publicum, z. B. die von Zitelmann S. 263 angezogene Lotsenordnung kann natürlich nicht durch Privatabrede unverbindlich werden. Wird es aber lediglich zur Auslegung von Privatrechtsgeschäften benutzt, so gilt es auch hier nur, sofern nicht der Adressat wusste, dass der Erklärende sich nicht nach ihrem Inhalt gerichtet hat.

richtungsbedürftige Geschäfte nur solche Auslegungsmittel in Frage kommen können, welche dem Adressaten der Erklärung bei deren Empfange zugänglich waren, bei andern Mitteilungen nur solche, welche in dem Augenblicke vorlagen, als die Mitteilung dazu bestimmt war, Beachtung zu finden. Schliesslich sei noch darauf hingewiesen, dass der Inhalt einer Vertragsnorm eine bloss stillschweigende Erklärung enthalten kann, z. B. einen stillschweigenden Erbschaftsantritt in der Form des Erlasses einer Erbschaftsschuld, obgleich die Unterwerfung unter diesen Inhalt ausdrücklich erfolgt ist. Umgekehrt unterwirft man sich oft einer ausdrücklichen Erklärung (z. B. einem Bahnreglement) stillschweigend¹⁾. Überhaupt sind Vertragsschlüsse, welche sich aus ausdrücklichen und stillschweigenden Erklärungen zusammensetzen, sehr häufig²⁾.

Liegt eine Urkunde vor, welche eine stillschweigende Mitteilung in sich enthält, aber noch nicht abgesandt ist, so liegt ein blosses stillschweigendes declaratum, kein declarare vor. Wie wir nun oben im allgemeinen die Erklärung im Sinne eines Erklärungsaktes von der Erklärung im Sinne eines erklärten Gedankeninhaltes unterschieden haben, so muss auch hier die stillschweigende Erklärung, welche bisher nur als tacite declarare definiert worden ist, nunmehr auch noch in dem Sinne eines tacite declaratum gekennzeichnet werden als:

ein äusserer Wahrnehmungsgegenstand, aus welchem ein

¹⁾ Auch die Unterschrift ist nichts als eine stillschweigende Unterwerfungserklärung (vgl. Savigny, System Bd. III S. 244).

²⁾ So wenn die vermietete Sache ausdrücklich, der Mietspreis stillschweigend versprochen ist. Auch die Fälle der l. 18 dig. communia praed. 8, 4 und die aus ihnen folgende sog. aktive Unvererblichkeit der Offerte dürften mit der stillschweigenden Erklärung zusammenhängen. Es muss die Mitwirkung mehrerer zu demselben Geschäfte in demselben Zeitpunkte geschehen, wenn auch nur stillschweigend. Hat einer schon früher zugestimmt, so gilt sein weiteres Schweigen auch noch bei dem endgültigen Vertragsschlusse als Ausdruck seines andauernden Zustimmungswillens. Stirbt oder widerruft er inzwischen, so kann seinem Verhalten dieser Sinn nicht beigelegt werden und das an seine Zustimmung gebundene Geschäft nicht zustande kommen. Vgl. l. 8 § 2 dig. de opt. leg. 33, 5 und Karlowa S. 35 ff. So wenigstens nach römischem Recht. Das Recht der Gegenwart hat dies nicht beibehalten.

Gedanke auf andere Weise als durch Worte, die dafür bestimmt sind, ersichtlich ist¹⁾.

Die Begriffsbestimmung der stillschweigenden Erklärung würde unvollständig bleiben, wenn sie nicht gegen die präsumierte und fingierte Erklärung abgegrenzt würde. Dies soll im nachfolgenden geschehen.

Vorher möchte der Verfasser jedoch zur Vermeidung von Missverständnissen nochmals hervorheben, woran die behandelte Lehre vornehmlich krankt. Man stellt die Wörter „ausdrücklich“ und „stillschweigend“ einander gegenüber, während man doch mit dem ersteren Worte der Regel nach etwas ganz anderes bezeichnet, als das *verbis expressum* oder das *non tacitum*. „Ausdrücklich“ und auch schon im röm. *expressim* ohne weiteren Zusatz²⁾ bedeuten in der Regel nur: „dasjenige, was einen Gedanken klar ausdrückt“³⁾. In diesem Sinne ist es etwa identisch mit *evidenter*⁴⁾, auch wohl mit *diserte* oder *aperte*, vielfach auch mit *specialiter*⁵⁾, hauptsächlich aber mit *nominatim*⁶⁾. Diese „Ausdrücklichkeit“ ist wohl ein Gegensatz zu der Unklarheit, dem *ambiguum* und dem *in obscuro esse*⁷⁾, nicht aber ein solcher

¹⁾ Derartige stillschweigende *declarata* sind z. B. im voraus ausgefüllte Urteilsformulare, welche erst gegebenenfalls veröffentlicht werden sollen, z. B. die Todesurteile, mit welchen Alba nach den Niederlanden reiste, oder die seidenen Schnuren, welche in der Türkei zu ähnlichem Zwecke dienen, auf nichtjuristischem Gebiete die sog. Bilder oder Lieder ohne Worte, auch sichtbare Signale vor ihrer Benutzung.

²⁾ Vgl. Dirksen, *Manuale sub hac voce* und die dort angeführten Beweisstellen.

³⁾ Nicht, was ihm überhaupt ausdrückt, sonst würde man ja alle Erklärungen ausdrücklich nennen dürfen. Vgl. z. B. Dernburg, *Lehrbuch* § 94 Anm. 12, welcher es eine ausdrückliche Erklärung nennt, wenn man eine Ware aus dem Kaufmannsladen schweigend mit sich nimmt. Vgl. Bekker, *KrVJSchr.* Bd. III S. 205 über Signale.

⁴⁾ I. 2 § 2 *dig. soluto matrimonio* 24, 3 c. 6 *Cod. si aliena* 8, 15 (16).

⁵⁾ Vgl. I. 3 *dig. de pactis* 2, 14 auch c. un § 11 c *Cod. de cad. toll.* 6, 51 (*apertissime et expressim*); I. 15 § 1 *dig. de pign.* 20, 1.

⁶⁾ Vgl. Gajus I § 165, c. 7 *Cod. de legibus* I 14, I. 6 § 2 *dig. de tut.* 26, 1. Hierbei ist nicht zu übersehen, dass *nominatim* öfters eine besondere Art von deutlicher Ausdrucksweise, nämlich diejenige durch Nennung eines Namens, bezeichnet. Vgl. überhaupt Dirksen, *Manuale* zu den genannten technischen Ausdrücken; I. 30 *pr. dig. de serv. pr. urb.* 8, 2.

⁷⁾ I. 32 § 4 *dig. de don. inter vir. et uxorem* 24, 1.

zu der stillschweigenden Erklärungsform¹⁾, welche auch *evidenter*, *aperte* und *specialiter* einem Gedanken Ausdruck geben kann²⁾. Wo daher das *expressum* dem *tacite conventum* entgegengestellt wird³⁾, da kann unter dem *expressum* nicht jener Gegensatz des *obscurum*, sondern nur das oben als Gegensatz des *tacite conventum* nachgewiesene *verbis expressum* gemeint sein, zumal der Gegensatz zur Zeit der fest stilisierten Geschäftstypen von höchster Bedeutung war. Da die Römer, der Herrschaft über ihre Muttersprache vertrauend, diese beiden verschiedenen Begriffe mit dem gleichen Namen bezeichneten, so ist es nicht zu verwundern, dass auch der neuere Sprachgebrauch es tut. Daraus sind aber Übelstände erwachsen. Einerseits hat man irrigerweise das *tacitum* als den technischen Gegensatz des *evidenter* oder *specialiter declaratum* aufgefasst und daher dort stillschweigende Erklärungen für unzulässig gehalten, wo nur die undeutlichen Erklärungen ausgeschlossen waren, z. B. bei der Festsetzung von Bedingungen und bei der Ausschliessung des Abzuges der *Falcidischen Quart*⁴⁾. Andererseits hat man aber hierdurch den Begriff der stillschweigenden Erklärung in ungebührlicher Weise auf zweifelhafte Äusserungen eingeengt, und da man hierdurch genötigt war, eine Reihe der *tacitae conventiones* den Quellen zuwider als Fiktionen zu bezeichnen, so setzte man sich auf diese Weise ausser Stand, die Abrede der sogenannten *naturalia negotii* und der Rechtsfolgen des Vertrages quellenmässig zu begründen⁵⁾.

So hat denn die sprachliche Verworrenheit sachliche Irrtümer nach sich gezogen. Wenn nicht Vorschläge zur Ände-

¹⁾ Diese kann sogar von erschreckender Deutlichkeit sein. Man denke an die Ablehnung eines Geschenkes durch Wegwerfen eines Gegenstandes, das Hinauswerfen eines Weinreisenden u. dgl.

²⁾ Der Regel nach wird freilich das *tacite conventum* kein *specialiter* oder *nominatim conventum* sein, z. B. nicht in dem Falle der I. 6 *quibus causis pignus tacite contrahitur* 20, 2. Vgl. auch I. 4 *dig. de pactis* 2, 14.

³⁾ Z. B. in der I. 21 *dig. de iur. dol.* 23, 3 und I. 4 *dig. de pactis* 2, 14, woselbst die Bedingung zwar ausgedrückt ist, aber nicht in Bedingungsform, also nur *tacite*.

⁴⁾ Vgl. hierzu Windscheid-Kipp, *Pandekten* 9. Aufl. § 651 Anm. 1.

⁵⁾ Dies soll in den beiden folgenden Paragraphen erwiesen werden. In diesem Punkte ist auch die Schweigsamkeit des BGB. nicht unbedenklich. Die Abgrenzung der Erklärung gegen die Nichterklärung fehlt.

zung eines verderblichen Sprachgebrauches der Regel nach an der Macht der Gewohnheit rettungslos scheiterten, so würde der Verfasser vorschlagen, die Bezeichnung „ausdrücklich“ für das evidentere oder specialiter declaratum zwar beizubehalten, daneben aber den Gegensatz des stillschweigend (wortlos) Erklärten, das verbis declaratum, durch einen besonderen Namen, z. B. als das „mit Worten“ Bezeichnete von jenem „deutlich und besonders Erklärten“ zu unterscheiden¹⁾.

Wenn endlich manche neben dem „stillschweigend Erklärten“ auch noch ein „stillschweigend Gewolltes“ oder ein „stillschweigend Beabsichtigtes“²⁾ kennen, so mag dies dann gelten, wenn hier nach der Art der älteren Juristen mit dem Worte „Wille“ nur der Inhalt der Äusserung verstanden sein soll, weil dieser den rechtserheblichen Willen in sich schliesst. Wenn jedoch daneben auch der „ausdrückliche Wille“ der „ausdrücklichen Erklärung“ als etwas von ihr Verschiedenes, also als innerer psychologischer Vorgang, entgegengestellt wird³⁾, so kann dieser Sprachgebrauch trotz der Autorität seines Urhebers deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil die ihm zugrunde liegende Annahme, dass ein bloss innerer Vorgang zugleich etwas Ausdrückliches sein, also einen Ausdruck enthalten kann, sich mit der Etymologie des Wortes „ausdrücken“ nicht in Einklang bringen lässt.

c) Präsumierte und fingierte Willenserklärungen⁴⁾.

§ 11.

Gibt es neben der stillschweigenden Willenserklärung auch noch eine präsumierte? Savigny⁵⁾ bestreitet dies, während

¹⁾ Der Verfasser selbst hat sich vorläufig noch unter die Herrschaft des zurzeit regierenden Sprachgebrauches gestellt und das Wort „ausdrücklich“ in beiden Bedeutungen verwendet.

²⁾ So z. B. Arndts, Pand. § 567 I. 60 § 3 dig. mand. 17, 1.

³⁾ Dies geschah z. B. von Windscheid, Pandekten § 651 Anm. 1 5. Aufl. Richtig die folgenden Auflagen, vgl. Windscheid-Kipp 8. Aufl. a. a. O.

⁴⁾ Vgl. hierzu Hedemann, Die Vermutung nach dem Recht des Deutschen Reichs, Jena 1904; Franz Leonhard, Die Beweislast, Berlin 1904 S. 260 ff.

⁵⁾ System III S. 253 ff., s. u. Burkhard, Zivilist. Präsumtionen S. 271; dagegen Brinz, Pand. S. 1560, 1561.

z. B. Arndts¹⁾ den präsumierten Willen neben dem „fingierten“ erwähnt. Er rechnet z. B. hierher die Vorschrift des römischen Rechtes, dass ein Ehemann als befugter Vertreter seiner Frau vor Gericht zugelassen ist, weil vermutet wird, nicht dass diese ihm eine Vollmacht dazu erteilt habe, sondern dass diese auch ohne Vollmachtserteilung mit seiner Prozessführung einverstanden sein werde²⁾. Nur missbräuchlicherweise spricht man hier von einer vermuteten, statt von einer wegen vermuteten Einverständnisses³⁾ entbehrlichen Vollmacht, wie es die Quellen ausdrücklich tun. Wollte man solche Fälle den vermuteten Willenserklärungen zuzählen, so würde man damit zwei Dinge verwechseln: die vermutete Willenserklärung und den vermuteten inneren Willen, indem man da, wo nur der letztere vorliegt, von der ersteren redet⁴⁾.

Gibt es nun nicht ausserdem auch noch wirkliche vermutete Willenserklärungen? Der Verfasser meint, dass, wenn Savigny sie nicht anerkennen wollte, dies sich daraus erklärt, dass er mit Recht ihnen ein besonderes juristisches Interesse nicht zuerteilte. Ihre Existenz aber dürfte zweifellos sein. Präsumierte Tatsachen sind bekanntlich solche, welche der Richter, auch ohne dass sie ihm besonders bewiesen werden, für wahr zu halten verpflichtet ist⁵⁾. Nun ist es zweifellos, dass Willenserklärungen unter Umständen ebensogut präsumiert werden können wie andere Tatsachen. Wenn es z. B. zweifelhaft ist, ob der Erblasser einer Partei einem anderen eine Vertragserklärung abgegeben hat oder nicht, so können unter Umständen Indizien, z. B. unbestimmte Äusserungen gegen Dritte über den Vertragsschluss oder sein sonstiges Verhalten,

¹⁾ Pandekten § 64.

²⁾ I. 35 pr. dig. de procurator 3, 3. Sed et hae personae procuratorum debent defendere quibus sine mandatu agere licet. I. 40 § 4 dig. de procurat. 3, 3 ergo non exigimus, ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur c. 21 Cod. de procurat. 2, 13.

³⁾ Auch aus anderen Gründen ist die Vollmacht entbehrlich. Vgl. c. 21 Cod. de procurat. 2, 12 cit.

⁴⁾ So spricht z. B. Dernburg, Lehrbuch § 94 Anm. 11, in den Fällen der §§ 63, 64 I 4 Allg. preuss. Landr. von vermuteten Willenserklärungen, während der Gesetzestext nur von vermuteten Absichten redet.

⁵⁾ Vgl. hierzu Hedemann a. a. O. S. 281 ff.; Franz Leonhard a. a. O. S. 260 ff.

z. B. Bestellung von Einrichtungsgegenständen für das gekaufte Haus u. dgl., seine Vertragserklärung zwar nicht geradezu beweisen, aber soweit wahrscheinlich machen, dass der Richter sie nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen zu präsumieren gezwungen ist¹⁾. Von solchen präsumierten Willenserklärungen gilt natürlich nichts anderes, als von den sonstigen präsumierten Tatsachen, sie bedürfen einer besonderen dogmatischen Behandlung nicht.

Anders verhält es sich mit der sogenannten „Präsumtion des Willens“. Diese ist darum ein sehr gefährlicher Begriff, weil der Ausdruck „Präsumtion“ zwei Bedeutungen hat, welche leicht und oft miteinander verwechselt werden, eine legislatorische und eine prozessuale²⁾. Legislatorische Präsumtionen sind allgemeine Betrachtungen, welche eine im einzelnen Falle vielleicht unbefriedigende Rechtsvorschrift dadurch rechtfertigen, dass sie in der überwiegenden Mehrheit der Fälle passt. Die Gesetze legen eben grundsätzlich solchen Tatsachen Wirkungen bei, bei welchen dies der Regel nach angemessen ist und gehen über eine kleine Minderheit von Ausnahmefällen hinweg, ohne sie zu berücksichtigen³⁾. So z. B. werden überhaupt die meisten Rechte deshalb geschützt, weil dies den Rechtssubjekten in der überwiegenden Mehrzahl zum Vorteile, nur ausnahmsweise zum Nachteile gereicht. So nimmt man z. B. an, dass die meisten Urteile gerecht sind und findet es deshalb erträglich, dass alle der Rechtskraft teilhaftig werden⁴⁾.

¹⁾ Das wäre freilich nur eine sogen. praesumptio facti.

²⁾ Vgl. über diesen Unterschied Burkhard a. a. O. S. 173 ff.

³⁾ l. 4, 5 dig. de legibus I 3 (Celsus). Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur, nam ad ea potius debet adaptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. Allen kann es das Gesetz nicht recht machen, sonst hilft es keinem.

⁴⁾ So haftet der Verkäufer für heimliche Mängel, weil die meisten Verkäufer deren Vorhandensein verschulden und zur Vermeidung von Ausflüchten seitens dieser Personen auch von den anderen gilt: „mitgefangen, mitgehangen“. Die Forderungen verjähren, weil in der Regel alte Ansprüche ungültig oder getilgt sind usw. Auch die Präsumtionen der §§ 130 ff. Allg. Landr. f. d. preuss. St. I 13, welche Dernburg, Lehrb. § 114, präsumierte Vollmachten nennt, ebenso diejenige des Artikels 50, 296 des alten Handelsgesetzbuches gestatten nicht den Gegenbeweis, dass keine Vollmacht erteilt sei, sind also legislatorische, nicht prozessualische. Ähnlich §§ 171, 172, 370 BGB.

Dahin gehört nun auch der oben erwiesene Satz, dass die Erklärung einer jeden Person im Zweifel¹⁾ nach den Gebräuchen der Gegend beurteilt werden soll²⁾; denn dies geschieht unter anderem auch deshalb, weil die grosse Mehrzahl der Menschen wirklich ebenso wie der Durchschnittsmensch denkt und strebt. Wollte das Recht derartige legislatorische Präsumtionen verschmähen und nur solche Zustände schützen, welche in jedem einzelnen Falle des Schutzes würdig scheinen, so würde es alles von der richterlichen Willkür abhängig machen. Eben darum berechtigen jene allgemeinen Präsumtionen des Gesetzgebers nicht etwa zu einem Gegenbeweis im einzelnen Falle; denn sie bezwecken ja gar nicht, dass etwas präsumiert werden soll, z. B. bei der Einrede der Verjährung eine an den Kläger geschehene Zahlung, sondern sie erklären bloss, warum das Gesetz Rechtswirkungen unter Umständen auch da eintreten lässt, wo sie nach der besonderen Lage des Falles ausnahmsweise unpassend erscheinen³⁾.

¹⁾ D. h. immer, wenn nichts anderes erkennbar wurde; Regelsberger, Handbuch Bd. II S. 392, meint, zur Geltung der allgemeinen Gebräuche genüge „keineswegs der Mangel eines entgegengesetzten Parteiwillens“. Dies lässt sich um so weniger aufrecht erhalten, als man danach nicht mehr wissen kann, wann denn eigentlich jene allgemeinen Gewohnheiten massgebend sein sollen. Vgl. auch l. 11 § 1 dig. de a. e. 19, 1.

²⁾ Also nach dem „vermutlichen Willen“, wie Thöl (§§ 65, 66) ihn nennt. Man verwechsle diesen „vermutlichen Willen“, welcher in dieser Schrift durchweg „Sinn“ der Erklärung heisst, nicht mit dem „vermuteten“. Es liegt gar keine Veranlassung vor, bei den richtungsbedürftigen Erklärungen im einzelnen Falle zu vermuten, dass der Sinn der Erklärung und der verborgene innere Wille sich decken, da ja der letztere in der Regel gleichgültig ist. Jener „vermutliche Wille“ ist also der Gegenstand einer Annahme, welche der Mitkontrahent bei dem Vertragsschlusse machen muss; ein „vermuteter“ Wille würde auf einer Annahme beruhen, welche der Richter später zu machen hätte. Vgl. Burkhard a. a. O. S. 277 ff.

³⁾ Diese legislatorischen Präsumtionen verwechselt man z. B. mit den prozessualen, wenn man gegen die sehr richtigen Ausführungen Iherings in seinem „Grund des Besitzschutzes“, dass der Besitz der Regel nach mit dem Eigentum verbunden ist und sein Schutz daher ein notwendiges Surrogat des Eigentumschutzes ist, erwidert, dass dann die Unzulässigkeit der Einrede des Eigentums unerklärt bleibe. Man übersieht dabei, dass auch ein völlig unberechtigter Verklagter eine solche Einrede würde erheben und den Berechtigten durch die Herbeiführung von Beweiserhebungen hinhalten können. Vgl.

Im juristischen Sinne würde also die Präsuntion eines Willens dann vorliegen, wenn das Vorhandensein eines Willens — vorbehaltlich eines Gegenbeweises — angenommen werden muss. Strenge genommen kann ein jeder Wille in einem jeden Falle nur aus dem äusseren Verhalten dessen, in welchem er sich befindet, präsumiert werden, da man dem Menschen niemals direkt in das Herz sehen kann¹⁾. So wird z. B. selbst da, wo ich einen Willen erkläre, eigentlich nur präsumiert, dass ich ihn habe²⁾, weil ja das Gegenteil durchaus nicht undenkbar und sogar auf Grund von Zeugenaussagen über frühere Äusserungen nachweisbar, vielleicht sogar dem Empfänger der Äusserung bekannt ist. Immerhin aber pflegt der gemeine Sprachgebrauch des Lebens, welcher das sehr Wahrscheinliche und das Gewisse in gleicher Weise zu benennen liebt, in solchen Fällen nur ungern von einem präsumierten, sondern gewöhnlich geradezu von einem bewiesenen Willen zu reden³⁾, Nur bei stillschweigenden Äusserungen ist man mit Unrecht in höherem Grade geneigt, von einem bloss präsumierten Willen zu sprechen, obwohl bei ihnen der innere Wille nicht mehr und nicht minder präsumiert wird als bei den ausdrücklichen⁴⁾.

Was nun die sog. fingierten Willenserklärungen betrifft, so können sie ohne eine kurze Feststellung des Begriffes der fingierten Tatsachen nicht erörtert werden.

Unsere Rechtsquellen, deren beste Teile zu der Zeit des Formularprozesses entstanden sind, nehmen auf das Institut der

Ihering, Über den Grund des Besitzschutzes S. 53 ff. Damit soll nicht gesagt sein, dass dieser Grund des Besitzschutzes der einzige ist. Die Rechtsätze haben gewöhnlich mehrere Gründe nebeneinander, die sich ergänzen.

¹⁾ Vgl. Zitelmann, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 433.

²⁾ l. 7 § 2 dig. de supp. leg. 33, 10; l. 101 pr. l. 19 pr. dig. de cond. 35, 1; l. 30 § 2 de leg. III c. 3. Cod. de lib. praet. 6, 28; l. 69 pr. de leg. III. Non aliter a significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorum.

³⁾ Vgl. auch Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 364.

⁴⁾ Im wesentlichen zustimmend Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 319. Sehr treffend bemerkt jetzt Hölder, Zur Theorie der Willenserklärungen S. 25 (Leipziger Festgabe für Degenkolb S. 115), dass auch der Sprachgebrauch nichts anderes ist, als ein Stück Verkehrssitte.

Fiktion als einer ordentlichen Einrichtung des Prozessverfahrens wiederholt Bezug¹⁾ und die Kompilatoren haben die Spuren hiervon nicht ausgetilgt, wahrscheinlich, weil zu einer derartigen Tilgung und Umarbeitung ein ganz anderer Grad von historischer und dogmatischer Vorbildung gehörte, als er den byzantinischen Juristen innewohnte. Darum konnten diese Spuren, wie so vieles andere, erst nach der Auffindung des vierten Buches des Gajus ganz verständlich werden. Bis dahin sah man in den Fiktionen materielle Rechtsinstitute und bezeichnete mit diesem Namen eine ganze Reihe von Erscheinungen der Quellen, in welchen von fingere und fictio nicht die Rede ist, sondern es schlechtweg heisst, in diesem oder in jenem Falle solle alles so gehalten werden, als ob ein anderer nicht wirklicher Fall vorliege, und benutzte den so formulierten Fiktionsbegriff²⁾ namentlich auch zu der Bezeichnung ganz ähnlicher Erscheinungen des modernen Prozessrechts.

In diesem Umfange und Sinne hat er sich nun bei uns in Theorie und Praxis fest eingebürgert, und so spricht man denn überall da, wo ausnahmsweise in Fällen, in welchen eine Willenserklärung fehlt und der Regel nach erforderlich sein würde, von „fingierten Willenserklärungen“; man könnte sie aber ebensogut auch „ausnahmsweise entbehrliche Willenserklärungen“ oder „nicht vorhandene Willenserklärungen“ nennen; denn mit der Fiktion einer Tatsache bezeichnet man, wie Savigny deutlich und klar hervorhebt³⁾, die Rechtsvor-

¹⁾ Vgl. namentlich § 5 inst. quib. mod. I 12. Ulp. frgm. 28, 12.

²⁾ Auch schon in den Quellen finden sich Anwendungen des Fiktionsbegriffs, welche — wenigstens anscheinend — ausser Zusammenhange mit dem Formularprozesse stehen. Vgl. Gajus III 56 und § 5 inst. quib. modis jus pot. I 12: auch § 6 eodem, und hierzu des Verf. Schrift, die er in erweitertem Umfange in den nächsten Jahren in zweiter Aufl. zu veröffentlichen gedenkt: „Inwieweit gibt es nach den Vorschriften der deutschen Zivilprozessordnung Fiktionen?“ Berlin 1880 S. 11 Anm. 1, S. 17 Anm. 1; vgl. auch des Verf. Artikel „fictio“ in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft.

³⁾ System Bd. III S. 253. Vom Berufe unserer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1814 S. 32; auch Demelius, Die Rechtsfiktion Weimar 1858 S. 76, 94. Der Verfasser ging in der soeben zitierten Schrift von der Ansicht aus, dass das Wesen der Fiktion nach den Definitionen Sa-

schrift, dass die Wirkungen, welche diese Tatsache haben würde, ausnahmsweise unter gewissen Voraussetzungen auch da eintreten sollen, wo sie nicht vorliegt. Man muss, wenn solche Voraussetzungen vorliegen, sich also die Frage vorlegen, welche Wirkungen wohl die nicht vorhandene Tatsache im Falle ihrer Existenz gehabt haben würde, und aus der Beantwortung dieser Frage ermessen, welches die rechtlichen Folgen des wirklich vorliegenden Tatbestandes sind. Eben um dieser geistigen Vorstellung willen, welche in solchen Fällen nötig ist, hat man sie in Anlehnung an den Ausdruck der Quellen Fiktionen genannt¹⁾. Der Ausdruck und der ihm zugrunde liegende Begriff ist für das Verständnis unserer Quellen unentbehrlich; auch wird man niemandem verwehren können, ihn da anzuwenden, wo seine Merkmale vorliegen²⁾, selbst wenn

vignys jedem klar geworden sein müsste. Da hiergegen Widerspruch erhoben worden ist, so nimmt er diese Äusserung zurück.

¹⁾ Bisweilen versteht man unter Fiktionen nicht den quellenmässigen Begriff der Gleichstellung zweier Fälle nach ihrer Wirkung, sondern einen absoluten philosophischen Begriff, nämlich denjenigen des bloss Gedachten im Gegensatz zu dem Realen. So, wenn man die juristische Person eine „Fiktion“ nennt. Ob man dies für richtig hält, hängt ganz von der philosophischen Grundanschauung über die Grenzen der äusseren und der inneren Welt ab, einer Anschauung, welche bekanntlich zu allen Zeiten bei verschiedenen Völkern eine verschiedene war. Nach der römischen Weltanschauung und nach der nüchternen Auffassung des Verkehrs ist es nicht richtig, solche Personen Fiktionen zu nennen; denn diese Auffassungen rechnen zu den Realitäten nicht bloss die Körper, sondern auch die Zustände und Veränderungen, welche wir an ihnen wahrnehmen (arg. l. 23 dig. de verb. sign. 50, 16: Rei appellatione et causae continentur). Diejenigen Erscheinungen der Aussenwelt, bei deren Vorhandensein wir von juristischen Personen reden, sind aber in der Tat reale dauernde Zustände, gemischt aus psychologischen Tatsachen und aus Tatsachen der Aussenwelt. (Der Staat ist ein status.) — Wenn man die juristischen Personen übrigens fingierte Personen im Sinne fingierter menschlicher Wesen nennt, so ist dies insofern ganz richtig, als bei ihnen im wesentlichen alles so gehalten wird, wie bei den Vermögensmassen physischer Personen. Vgl. des Verf. allgemeinen Teil des BGB., Berlin 1900 S. 104 ff., auch Zeitschrift der Rechtspflege in Bayern 1906 Nr. 2 S. 29 ff.

²⁾ Dies dürfte in den übrigens nach mancher Richtung hin sehr verdienstlichen Ausführungen Bülow's im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 62 S. 1 ff. „zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten“ nicht genug beachtet sein. Des Verfassers zitierte Schrift über die Fiktionen richtet sich nicht hiergegen, sondern bezieht sich auf die praktisch wichtige Frage, ob nach

sich die so bezeichneten Rechtsvorschriften vielleicht in einer einfacheren Form wiedergeben liessen¹⁾. Derartige Begriffe muss die Wissenschaft erklären, nicht beseitigen wollen²⁾.

der Zivilprozessordnung der Grundsatz materieller Wahrheit herrscht, eine Frage, welche mit derjenigen nach der dogmatischen Brauchbarkeit des Fiktionsbegriffes zwar nicht zusammenhängt, jedoch bei Gelegenheit einer Erörterung desselben von Bülow a. a. O. bejaht worden ist. Das Gegenteil glaubte der Verfasser in der angezogenen Schrift erwiesen zu haben. Dass er bei dieser Gelegenheit auch für die Unentbehrlichkeit des Fiktionsbegriffes eintrat, war vielleicht überflüssig, weil die Frage nach der Entbehrlichkeit eines Begriffes am besten durch die Logik der Tatsachen entschieden wird. Dass, wie Bülow (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 65 S. 50) meint, auf dem Gebiete des Prozessrechtes nur Wach und der Verfasser nicht von dieser Entbehrlichkeit überzeugt worden seien, dürfte damit im Widerspruch stehen, dass spätere Schriften (vgl. z. B. Bruns, Pandektenfragmente, kleine Schriften II S. 461) auf dem durchaus analogen Zivilrechtsgebiete den alten Fiktionsbegriff ohne jede besondere Rechtfertigung anwenden zu dürfen glauben. Mit Bülow stimmte übrigens Kohler (KrVJSchr. Bd. 22 S. 369) unbedingt überein. Dagegen kommt auch die neuere Rechtslehre ohne den Fiktionsbegriff nicht aus, vgl. insbesondere Hölder, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905, und Ofner, Über den Einfluss des wesentlichen Irrtums auf Verträge in Grünhuts Zeitschrift Bd. 17 S. 337 ff., sowie hierzu Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht, Halle a. S. 1902.

¹⁾ Der Verfasser hat in seiner zitierten Schrift behauptet, es gäbe gewisse Vorschriften, welche sich bei dem besten Willen nicht anders als in der perhorreszierten Fiktionsform wiedergeben lassen. (Dass er ihnen dort einen besonderen Namen gab, geschah nur zur besseren Veranschaulichung, was der Verfasser gegen Bülow's Bemerkung im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 65 S. 50 hervorheben muss.) Wie soll man z. B. den Satz, dass der tot Erklärte so beerbt würde, als wenn er in einem früheren Zeitpunkte gestorben wäre, anders als durch diese Vorschrift der Supposition eines nicht richtigen oder doch wenigstens unbekanntes Sachverhaltes formulieren?

²⁾ Namentlich darf sie die positiven Rechtsinstitute, welche zufälligerweise im röm. Rechte in der Form einer Fiktion auftreten, nicht aus diesem für uns völlig gleichgültigen Grunde gänzlich ignorieren wollen. In diesem Sinne beschwert sich z. B. Kohler in dem Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 349 über Goldschmidt in seinem Handbuche Bd. I 2 S. 870. Allein, wenn man neuerdings behauptet, die Wissenschaft müsse nach Wahrheit, nicht nach Fiktionen streben, so verwechselt man dasjenige, was die Wissenschaft tut, mit demjenigen, was sie bloss als von dem objektiven Rechte getan schildert. Zu dem „Schutte, welchen geniale Hände forträumen“ (Kohler, KrVJSchr. Bd. 22 S. 370), dürfen unsere Rechtsquellen niemals gehören (vgl. gegen Kohler des Verfassers Replik in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozess Bd. 4 S. 406 Anm. 4).

Ebensowenig wie die Begriffe des Vertrages, der Anfechtbarkeit und der juristischen Person wird der Begriff der Fiktion aus den Vorstellungskreisen unserer Jurisprudenz verbannt werden können ¹⁾. Trotzdem muss man irrige Vorstellungen, welche sich mit ihm hier und da verbunden haben ²⁾, zurückweisen, den unrichtigen Gebrauch des Wortes bekämpfen ³⁾, seine geschmacklose und überflüssige Verwendung in Fällen, in welchen er zwar passt, aber nichts erklärt, als solche kennzeichnen ⁴⁾ und endlich hinter dem Fiktionsbegriffe

¹⁾ Auch ausserhalb der Jurisprudenz ist der Fiktionsbegriff, d. h. die Vorstellung eines Nichtwirklichen, um danach das Verhalten in einem wirklichen Falle abzumessen, etwas Alltägliches. Man denke an die Einübung chirurgischer Operationen am Phantome, des Manövrieren mit einem fingierten Feinde, die Supposition der geometrischen Analysis, dass eine gestellte Aufgabe gelöst sei u. dgl. m. Selbst Windscheid-Kipp dürfte daher (Pand. § 72 Anm. 12) die Gefährlichkeit dieser harmlosen Anschauungsform zu hoch veranschlagen.

²⁾ Bülow kämpft a. a. O. gegen die Anschauung, dass bei den Fiktionen der nichtwirkliche Fall nicht bloss behufs einer Abmessung der Folgen des wirklichen vorgestellt, sondern allen Ernstes der Wahrheit zuwider durch eine „dogmatische Supposition“ (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 64 S. 30) für wirklich gehalten werde, also dass ein Richter, z. B. allen Ernstes annehmen müsse, ein ausgebliebener Verklagter sei wirklich erschienen und habe alles zugestanden. Da von verschiedenen Seiten behauptet wird, dass die so bekämpfte wunderliche Anschauung innerhalb unserer Juristenwelt vorkomme, so würde es unhöflich sein, wenn der Verfasser seinen Zweifel hieran aufrecht erhalten wollte. Darin, dass sie verkehrt ist, stimmt er Bülow zu. — Oft dient übrigens auch das Wort „Fiktion“ nur als Euphemismus zur Bezeichnung einer grundlosen Einbildung.

³⁾ Vgl. des Verfassers Ausführungen in seiner angezogenen Schrift S. 18, 25, 26 und in der Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess, Berlin 1882 Bd. 4 S. 405 Anm. 2. So z. B. behauptet H. Thomsen, Die rechtliche Willensbestimmung, Kiel 1882 S. 6, ohne Grund eine „Fiktion der allgemeinen Rechtskenntnis“. Das Gesetz fingiert nicht, dass jeder es kenne, sondern es bestimmt, weil es wirksam sein will, dass derjenige, welcher es nicht kennt, dadurch Schaden leiden soll. Vgl. auch die Bemerkung Eiseles, KrVJSchr. Bd. 20 S. 18.

⁴⁾ In diesem Punkte stimmt der Verfasser unbedingt mit Bülow überein. Dieser zitiert (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 62 S. 10) als abschreckendes Beispiel die Fiktion: „Jeder wird an seinem Wohnorte verklagt, der Vagabond gilt als überall wohnend“. Ebensogut hätte man sagen können: „Jeder wird an seinem Aufenthaltsorte verklagt, der Nichtvagabond aber gilt immer

nicht mehr suchen als dahintersteckt ¹⁾. So werden wir daher auch in Fällen, in welchen Vertragswirkungen sich ausnahmsweise an einen anderen Tatbestand als an eine wirkliche Willenserklärung anknüpfen, von fingierten Willenserklärungen reden dürfen, wie ja auch die Römer in solchen Fällen die Fiktionsform nicht verschmähten ²⁾.

Immerhin waren die Römer in der Verwendung dieser Ausdrucksform sparsamer als wir es sind. So sprechen sie bei der Befugnis gewisser Personen, andere im Prozesse zu vertreten, sofern diese nicht widersprechen, einer Befugnis, welche sich an verwandtschaftliche Beziehungen anknüpft, nur von einer „ausnahmsweise entbehrlichen“, nicht aber von einer „fingierten“ Vollmacht.

arg. l. 35 pr. dig. de procurator 3, 3 (Ulpianus):

Sed et hae personae procuratorum debent defendere quibus sine mandatu agere licet.

l. 40 § 4 dig. eodem 3, 3 (Ulpianus):

ergo non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur ³⁾.

als an seinem Wohnorte verweilend“. Mit Leichtigkeit kann man zwei Klassen von Tatbeständen, welche dieselben rechtlichen Wirkungen haben, durch den Fiktionsbegriff untereinander verbinden. Ebensogut, wie man z. B. die negotiorum gestio als fingiertes Mandat bezeichnet hat, hätte man auch das Mandat als fingierte negotiorum gestio bezeichnen können. So kann man von einer fingierten Bevollmächtigung in den Fällen der §§ 171, 172 BGB. reden, aber ebensogut von einer Vertretungsmacht ohne Bevollmächtigung. Befremdlich klingt auch die bekannte Fiktion des § 911 BGB.

¹⁾ Namentlich nicht ein Mittel der legislatorischen Begründung; denn damit, dass in gewissen Fällen etwas fingiert wird, ist noch nicht erklärt, warum es geschieht.

²⁾ arg. l. 2 § 2 dig. sol. matr. 24, 3. Vgl. Savigny, System Bd. III S. 251. Der legislatorische Grund dieser Fiktion ist das Bestreben, die wahnsinnige Tochter zu schützen, und die legislatorische Präsumtion, dass der Vater der Regel nach am besten befähigt sein werde, diesen Schutz zu verwirklichen.

³⁾ Diese Fiktion bezieht sich nicht auf den Fall, in welcher die Frau in einer dem Dritten erkennbaren Weise von dem Prozesse Kenntnis hat und schweigt; denn dann hat sie die Vollmacht stillschweigend erteilt. — Will man in jenen Fällen von „fingierten Willen“ reden, so hat dies nur dann einen Sinn, wenn man unter Willen die Willenserklärung versteht. Der

Alle Fiktionen sind aber Vorschriften aus besonderen Gründen ohne gemeinsame juristische Bedeutung.

Aus dem bisher Ausgeführten gewinnen wir das wichtige Ergebnis, dass eine Reihe von Fällen, welche von der neueren Wissenschaft im Widerspruche mit den Quellen den fingierten Erklärungen beigezählt werden, stillschweigende Äusserungen nicht bloss heissen, sondern es auch sind. Selbst Savigny ist hier von den Texten abgewichen. Er nennt als Beispiel einer fingierten Erklärung die Begründung eines Pfandrechtes an den *invecta et illata* durch den Abschluss eines Mietsvertrages¹⁾. Hier, so meint er, werde nur ein rechtsgelehrter Mieter sich der Verpfändungskraft des Mietsvertrages vorher bewusst gewesen sein; dass sie stillschweigend erklärt sei, werde man also der Regel nach nicht annehmen können. Zunächst ist das Beispiel nicht glücklich gewählt; denn gerade das Pfandrecht des Vermieters gehört namentlich bei der ärmeren Bevölkerung grosser Städte, zu den allerbekanntesten Rechtsinstituten²⁾. Allein, selbst wenn man annehmen darf, dass die Mieter sich der Begründung dieses Rechtes bei dem Abschlusse des Mietsvertrages in vielen einzelnen Fällen nicht bewusst sind, so würde man doch daraus nicht folgern dürfen, dass sie nicht stillschweigend erklärt sein kann; denn es gibt erstens Erklärungen, deren Sinn dem Erklärenden gar nicht be-

nicht erklärte Wille ist keine Vollmacht, würde also auch nicht, wenn er fingiert würde, zu Vollmachtswirkungen führen können.

¹⁾ Anders Cujacius, *opera*, Neapoli 1758 I p. 920 A. Neuerdings nimmt man hier gewöhnlich eine gesetzliche (nicht verabredete) Rechtsfolge an. Ich meine aber, dass überall da, wo ein Gesetz eine solche Folge an einen freiwilligen Willensakt anknüpft, die auch durch ausdrückliche Willensäusserung herbeiführbar ist, diese Folge immer zugleich eine stillschweigend festgesetzte ist; denn wir müssen uns den gesetzlichen Folgen unterwerfen und tun dies im Zweifel. (*Volentem fata ducunt, nolentem trahunt.*) Vgl. l. 4 pr. dig. in quibus causis pignus tacite contrahitur 20, 2, quasi id tacite convenerit. Einen besonderen interessanten Fall enthält die l. 11 § 5 dig. de pign. act. 13, 7. Vgl. hierzu Sohm, *Das subpignus* S. 97 ff., namentlich S. 102.

²⁾ Der Verfasser erinnert sich, als Beisitzer einer Kriminaldeputation in Berlin wöchentlich durchschnittlich zwei bis drei Verurteilungen wegen wissentlicher Verletzungen des preussisch-rechtlichen Retentionsrechtes des Vermieters nach § 289 RStGB. mitbeschlossen zu haben.

wusst war, jedoch darum gilt, weil dies nicht erkennbar war und er der Verkehrssitte entspricht; zweitens gibt es Anerkennungen unbekannter Vertragsnormen durch indirekte Bezugnahme auf sie. Wenn also die Römer jene Pfandrechtsbestellung als stillschweigende bezeichnen, so müssen sie von der Beobachtung ausgegangen sein, dass in ihrem Verkehrsleben die einsichtsvollen Kontrahenten bei dem Mietsvertrage auf jene Verpfändungsbestimmung als ein selbstverständliches Zubehör des Mietsvertrages stillschweigend und indirekt hinzuweisen pflegten¹⁾. Wollen wir das gleiche für das heutige Recht bestreiten, so könnten wir das nur unter der Voraussetzung tun, dass die Durchschnittsintelligenz des heutigen Verkehrslebens unter das Niveau der römischen hinabgesunken sei. Wer jedoch das erstere kennt, wird dem schwerlich beipflichten. Auch bei uns ist der Durchschnitt der Menschen einsichtig genug, um zu wissen, dass es bei allen Geschäften neben dem direkt und ausführlich Abgemachten noch eine Reihe durch Erfahrung fixierter Normen gibt, auf welche man bewusst als auf eine Ergänzung des unmittelbar Festgesetzten hinweist. Diese Ergänzungsnormen des ausführlich Verabredeten²⁾

¹⁾ Die Annahme, dass die römischen Juristen etwas einen stillschweigenden Vertrag genannt haben, was nach ihrem Rechte kein solcher war, widerlegt sich durch ihre Unwahrscheinlichkeit. Übrigens muss zugunsten der Ansicht Savignys auf das quasi in der l. 4 pr. dig. cit. 20, 2 hingewiesen werden. Vgl. aber dagegen die Titelüberschrift. Die Römer mochten zunächst zweifeln, ob sich wirklich schon jene Verpfändung als *naturale negotii* in die Verkehrsanschauungen eingelebt hatte. Daher das quasi. A. M. übrigens in mehrfacher Hinsicht Burkhard S. 285 ff.

²⁾ Man nennt sie *naturalia negotii*. Der Ausdruck *essentialia negotii* ist Missverständnissen ausgesetzt. Er bedeutet, wie Dernburg, *Lehrb. des preuss. Privatrechts* I § 77 Anm. 1 hervorhebt, bald Bestimmungen, ohne deren Vorhandensein ein Geschäft nicht zu einer bestimmten Geschäftsart gerechnet werden kann (objektiv-wesentliche), bald solche, welche den konkreten Parteien unerlässliche Vorbedingungen der Aufrechterhaltung des Geschäfts sind (subjektiv-wesentliche). Allein auch die objektiv-wesentlichen zerfallen in zwei Arten: solche, welche in der anerkannten *lex contractus* in Anpassung auf den gerade vorliegenden Fall besonders fixiert sein müssen (z. B. die Bestimmung des Kaufobjekts), und solche, welche vielleicht nach allgemeinen Formularen oder sonstigen allgemeinen Bestimmungsmitteln (z. B. Festsetzung des Äquivalentes nach dem Marktpreise) angeordnet sein

sind also in solchen Fällen nicht erst vom Gesetze oder vom Richter an die Parteierklärungen angehängt¹⁾. Wäre dies der Fall, so würden allerdings Vertragswirkungen vorliegen, welche man als Ergebnis einer Fiktion von Vertragserklärungen bezeichnen könnte; wo aber findet sich die Rechtsquelle, welche diese Fiktion anordnet?²⁾ Das römische Recht kennt nur Wirkungen der Erklärungen. Nur was man in die Vertragserklärungen nach Auslegungsregeln hineinlegen kann, darf gelten. Glücklicherweise kommt man dabei zu viel freieren Ergebnissen als die Anhänger der Fiktionstheorie, nämlich zu dem Satze, dass alle Vertragsbestimmungen gelten, die bei Geschäften der vorliegenden Art in der Personenklasse, der eine Partei anscheinend angehört, nach Verkehrsgewohnheit (im BGB. Verkehrssitte genannt, §§ 157, 242 BGB.) oder den sie ergänzenden sog. *leges dispositivae* oder *subsidiariae* üblich sind³⁾.

können. Dasjenige, dessen Bestimmtheit zur Ausführung des Geschäftes unerlässlich ist, deckt sich also nicht mit demjenigen, was in jedem Falle besonders fixiert werden muss; der erstere Begriff ist weiter.

¹⁾ Vgl. Hartmann, Dogm. Jahrbücher Bd. 20 S. 25, 26; Bähr, Jahrb. Bd. 14 S. 407, 421, nimmt geradezu eine Fiktion des Willens in gewissen Fällen an. Allein der innere Wille ist in der Regel gleichgültig, braucht also auch hier nicht fingiert zu werden und die Erklärung wird hier nicht fingiert, sondern interpretiert. In ihrem Sinne, wie er kraft Gesetzes festgestellt werden muss, steckt alles, was man ihr ohne genügenden Grund von aussen her anhängen will, wenn es auch vielleicht in der Seele der Partei nicht steckt; vgl. auch Laurent, principes de droit civil. Bd. 15 Nr. 510 S. 585 ff.; Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 15 Anm. 10; vgl. aber auch Thomsen a. a. O. S. 6.

²⁾ Dazu kommt, dass der Inhalt stillschweigender Erklärungen den Vorschriften über Rechtsgeschäfte unterliegt, rein gesetzliche Rechtsfolgen nicht.

³⁾ Diese sind nichts als ein „Niederschlag der üblichen vertraglichen Festsetzung“ (Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes 2. Aufl. S. 334 § 35 Anm. 28 e), d. h. allgemeine Auslegungsgrundsätze, welche nur gelten wollen, sofern nicht die Partei direkt oder indirekt etwas anderes bestimmt hat. — Der Verfasser stimmt dem, was Bülow (Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung“, Archiv für ziv. Praxis Bd. 64 S. 1 ff.) über die Ungenauigkeit des Ausdruckes „abänderliches Recht“ sagt und seiner Übersetzung der *l. 38 dig. de pactis* 2, 14 (S. 69 ff.) bei. Wenn Bülow jedoch den festeingewurzelten *terminus technicus* der

Der Ausdruck *diligens paterfamilias* ist bekanntlich im BGB. gestrichen worden und ausser Mode gekommen. Er ist in der Tat nur eine Personifikation der Verkehrssitte, die er beobachtet. Statt seiner kann das Gesetz in der Regel diese Sitte unmittelbar als Massstab hinstellen, und das BGB. hat es auch getan (§ 157, 242).

Freilich liegt nicht alles, was zu den *naturalia negotii* gehört, in der festen Form von Verkehrsgebräuchen kristallisiert vor. Es muss zum Teil aus der Bedeutung abgeleitet werden, die den verschiedenen Geschäftstypen für das Verkehrsleben und das allgemeine Wohl eigentümlich ist. Aber hierbei greift der ableitende Richter in den Schatz seiner eigenen Erfahrungen hinein, nicht in die Seele der konkreten Geschäftspartei, deren Worte zu ergänzen sind.

Wie sich dieser Hinweis auf die Verkehrsgebräuche und das für den Verkehr Erforderliche entwickelt hat, lässt sich sehr wohl begreifen¹⁾. In der ältesten verkehrlosen Zeit war er undenkbar; es war nichts da, worauf hingewiesen werden konnte. Allein schon bei dem alten *pactum fiduciae* finden wir den Zusatz *uti inter bonos bene agier oportet*²⁾; das gleiche muss auch bei den *bonae fidei* Kontrakten gegolten haben. Der Schatz der Verkehrsgewohnheiten, auf welche so verwiesen wurde, und das ergänzende Eingreifen des Richters *ex fide bona* hat sich allmählich immer mehr erweitert. Vieles, was später selbstverständlich war, wurde zuerst ausdrücklich³⁾,

lex dispositiva auf eine Klasse von Gesetzen, welche man bisher nicht so genannt hat, übertragen will, so dürfte diese Änderung der Terminologie einerseits nicht notwendig und andererseits nicht ohne die Gefahr einer Verwirrung der Rechtssprache möglich sein. Über die stillschweigende Unterwerfung unter die *Usancen* vgl. namentlich Goldschmidt a. a. O. § 35 und jetzt Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht des BGB., Jena 1899.

¹⁾ Zustimmend Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzererwerbs II S. 307, der des Verf. Anschauung gegen Lotmar, KrVJSchr. Bd. 25 S. 422, verteidigt.

²⁾ Vgl. Cicero de officiis III 15.

³⁾ Man denke an die Eviktionspflicht, welche sicherlich ursprünglich ohne besondere Festsetzung nicht galt; man vergleiche die Kaufformulare in Bruns fontes ed. 6 S. 205 ff. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 177, bemerkt

später stillschweigend aber in unmittelbarem klarem Bewusstsein, endlich nur noch in mittelbarem stillschweigendem Hinweise auf das Verkehrsbliche erklärt¹⁾.

Allein nicht nur auf das Verkehrsbliche weist die Erklärung hin; in erster Linie steht vielmehr immer jedem Erklärenden das Individuelle. So verweist also eine einsichtige Partei ausdrücklich auf das, was als bewusst gewollt erklärt ist und stillschweigend in zweiter Linie auf dasjenige, was er in einer dem Angeredeten erkennbaren Weise bewusst gewollt haben würde, wenn er daran gedacht hätte²⁾, mit anderen Worten auf das, was bei einem Geschäftstypus der vorliegenden Art als angemessen gelten muss. Man übersehe hierbei

offenbar im gleichen Sinne: „der einzelne Laie, der das betreffende zusammengesetzte Rechtsgeschäft vornimmt, wird sich nicht immer klar zum Bewusstsein bringen, was das Recht ihm wollen lässt. Recht und Rechtswissenschaft denken für ihn“. Kohler (Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 330) und Lenel (ebenda Bd. 19 S. 158) nennen dies eine Fiktion. Es ist aber jedenfalls eine Interpretation im juristischen Sinne des Wortes; der Ausdruck „wollen lässt“ ist ein bloss bildlicher. Dass man diesen Gedanken in Fiktionsform kleiden kann, soll nicht bestritten werden.

¹⁾ Ebenso, wie hiernach die Bestellung eines Pfandrechts des Vermieters an den *invecta et illata* eine stillschweigende ist, sind es auch die von Savigny (III S. 255) hierher gerechneten Fälle der I. 4 § 1, 7 pr. quibus modis pign. 20, 6, stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht durch eine Einwilligung des Pfandgläubigers in die Veräußerung der Sache und der I. 12 § 4 qui potiores 20, 4 (stillschweigender Verzicht auf die Priorität durch eine Einwilligung des Pfandgläubigers zu der Verpfändung der Sache an einen anderen). Hesse (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 57 S. 196) nimmt in diesen Fällen und in dem der I. 2 § 1 dig. de pactis 2, 14 präsumierte Willenserklärungen an, obwohl in ihnen zu einer Präsumtion von Erklärungsakten, insoweit solche nicht erwiesen sind, sicherlich keine Veranlassung vorliegt.

²⁾ So das Reichsoberhandelsgericht (Bd. 22 1877 Nr. 86 S. 371): „Was die Parteien für einen von ihnen nicht vorhergesehenen Fall nach dem Zwecke ihres Geschäftes und der herrschenden Auffassungsweise gewollt haben würden, das ist in Wahrheit ihr Wille, welcher der subsidiären Gesetzregel vorgehen muss“. Regelsberger findet dies bedenklich, und zwar nicht ohne Grund, weil es leicht missverstanden werden kann (Handb. Bd. 2 S. 388 Anm. 6). Es soll im Texte erwiesen werden, dass es dennoch richtig ist. Ebenso wie das ROHG. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 18 S. 158, jedoch nur für Testamente. Anders Zimmermann, Stellvert. neg. gestio S. 297—300; vgl. Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 77.

nicht, dass, wenn im streng exakten Sinne nur das gewollt ist, woran man denkt, man doch das Wort „Willen“ im gemeinen Sprachgebrauche in einem weiteren Sinne nimmt. Man sagt, jemand wolle etwas, z. B. sich verheiraten, auch wenn ihm der Entschluss hierzu nicht immerfort vor-schwebt, sondern vorübergehend in das Innere seines Bewusstseins zurückgetreten ist. Ja man spricht selbst da von Wollen, wo jemand eigentlich gar nicht gewollt hat, sondern nur befragt, gewollt haben würde¹⁾. So z. B., wenn der Mieter behauptet, er habe die Wohnung in ausgebessertem Zustande eingeräumt erhalten wollen, während er vielleicht an die Möglichkeit des Gegenteils überhaupt gar nicht gedacht hat. Allein, selbst wenn man mit der herrschenden Meinung annehmen will, dass die Quellen den Begriff velle nicht in diesem weiten Sinne, in welchem er auch die blosse innere Prädisposition zum Wollen umfasst, verstanden haben²⁾, so ist doch der indirekte Hinweis auf das, was man gewollt haben würde, seitens einer einsichtigen Partei, die die Folgen seiner Handlungen vorher erwägt, allerdings bewusst gewollt, und zwar verweist sie hierauf zur Ergänzung der mit ausführlicher Inhaltsangabe erklärten Gedanken.

Man kann dies soeben Gesagte leicht missverstehen, indem man annimmt, dass bei Verträgen alles gelten soll, was die eine der Parteien in erkennbarer Weise gewollt haben würde, aber nicht gewollt hat. Was die eine Partei für sich allein will oder erklärt, ist ganz gleichgültig; entscheidend ist, ob sie es der anderen auch zugemutet hat, darauf zu achten. Merkt also der Akzeptant, dass der Offerent in seinem Angebote weiter gegangen ist, als er es, auf das Nachteilige seines Verhaltens aufmerksam gemacht, getan haben würde³⁾, so braucht

¹⁾ Vgl. über diesen „unbewussten Willen“ Eisele, KrVJSchr. Bd. 20 S. 7, und dagegen Lenel, Dogm. Jahrb. Bd. 19 S. 158.

²⁾ Die *leges* 19 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1 und 60 (59) pr. dig. de hereditibus instituendis 28, 5 sprechen dagegen (s. unten); vgl. auch die von Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 18 S. 139, zitierten I. 115 § 2 de verb. obl. 45, 1; I. 1, 57 de jure dotium 23, 3; I. 168 § 1 de reg. juris 50, 17, auch Burkhard, civ. Präsumt. S. 282.

³⁾ Man nehme z. B. an, dass der Akzeptant zufälligerweise von Dritten

er sich um die Vergesslichkeit seines Mitkontrahenten nicht weiter zu kümmern; dieser kann die Vertragsannahme nur auf das beziehen, was er angeboten hat. Bei Verträgen gilt also nur dann, was in Voraussicht seiner Notwendigkeit gewollt worden wäre, wenn diese Eventualität entweder bei beiden Parteien, nicht aber, wenn sie bloss bei einer vorlag^{1) 2)}, oder die eine, bei der sie vorlag, in erkennbarer Weise der anderen eine Berücksichtigung ihrer eventueller Wünsche zugemutet hat.

In der bisherigen Argumentation dürfte nur ein einziger Punkt geeignet sein, Bedenken zu erwecken, nämlich die Behauptung, dass eine kluge Partei sich den *naturalia negotii* zwar indirekt, aber bewusst unterwirft. Man wird meinen, dass jemand, welcher sich z. B. in einem Wirtshause ein Glas Bier bestelle, auch nicht einmal mittelbar sich eines Hinweises auf Nebenbestimmungen des Geschäftes bewusst werde.

So sehr ein solcher Einwand der unbefangenen Betrachtung der Dinge zusagt, so beruht er doch auf einer oberflächlichen Betrachtung des Seelenzustandes eines Menschen, welcher vor einem Vertragsabschlusse der gedachten Art steht.

Man muss bei den klar bewussten Vorstellungen zwei Arten unterscheiden, solche, welche ihren Gegenstand in seine volle Breite auseinanderzerren und solche, welche ihn bloss in einer konzentrierten Form abspiegeln. Das menschliche Bewusstsein gleicht nicht einem metallenen Spiegel ohne Tiefe, welcher nur von aussen her Bilder aufnimmt, sondern es gleicht der Spiegelfläche eines Sees, in welchem sich nicht nur das Bild der Aussenwelt abmalt, sondern welcher auch aus seiner eigenen Tiefe Erscheinungen an die Oberfläche in das Bild der Aussen-

erfahren hat, der Offerent wolle sich von einer ihm anzubietenden Wohnung ein Zimmer vorbehalten und nunmehr merkt, dass dieser es bei dem Vertragschlusse zu tun vergisst.

¹⁾ Durch diese Einschränkung schwindet jede praktische Bedenklichkeit der entwickelten Ansicht. Auch die ohne allen Grund gegen das stillschweigende *constitutum possessorium* der I. 1 § 1 und I. 2 *dig. pro socio* 17, 2 erhobenen Bedenken fallen hierdurch weg.

²⁾ Alles dies wird direkt erwiesen durch I. 53 *dig. de v. o.* 45, 1 und durch die Selbstverständlichkeit der *doli clausula* bei den *contractus bonae fidei*.

welt hineintreten lässt. Darum müssen wir in jedem Zeitpunkte das gegenwärtige augenblickliche klare Bewusstsein von unserem übrigen tiefer liegenden Bewusstsein, in welchem der Schatz der Erinnerung ruht, wohl trennen. Nun ist das Auftauchen der Erinnerungsbilder und der Begriffe an die Oberfläche ein sehr verschiedenes; bald treten sie in ihrem vollen Umfange aus der Tiefe des Bewusstseins heraus, bald nur zum Teil. Bei den Anfängern gilt der Satz, dass sie ihre Vorstellungen der noch unbekanntes Geistesgebiete nur in ihrer vollsten Breite aufzufassen imstande sind. Ein Schüler, der zum Beispiel das Wort „Vertrag“ buchstabiert, wird sich dabei klar bewusst, dass es sieben einzelne Buchstaben hat, dem Gebildeten, welcher über das Buchstabieren erhaben ist, ist das gleiche nicht minder bewusst, nur braucht er es sich nicht zur Klarheit zu bringen, um das Wort lesen zu können. So besteht also eine Hauptwirkung der Bildung auf jedem Gebiete darin, Einzelvorstellungen zu Gesamtvorstellungen zusammenzufassen, welche nicht mehr in ihre Einzelheiten zerpfückt werden, sobald sie an die Oberfläche des Bewusstseins treten¹⁾.

So ist es auch in dem Kontraktrechte. Alle die einzelnen *leges contractus*, welche bei dem Kaufe ursprünglich wahrscheinlich ausbuchstabiert werden mussten, die Haftung für *culpa*, die *Eviktionspflicht* u. dgl. m., konzentrierten sich allmählich in die Begriffe „kaufen“ und „verkaufen“. Wer solche Worte braucht, der erklärt alle jene Einzelbestimmungen mit ihnen, und zwar bewussterweise, sie treten zwar nicht klar an die Oberfläche des Bewusstseins — gerade so wenig wie die Eigenschaft des Wortes „Vertrag“, sieben Buchstaben in sich zu haben, bei dessen Gebrauche —, aber das, was hervortritt, hängt mit ihnen so zusammen, dass ein Beobachter ihr Vorhandensein innerhalb des Bewusstseins mit Sicherheit feststellen kann²⁾. Es ist dies so, als ob ein versunkener Kahn

¹⁾ In dieser Weise ist z. B. unsere Wissenschaft von der Glosse und dem Kommentar zu freien dogmatischen Behandlungen, unser Prozess von dem Artikulieren, einer dem Buchstabieren ähnlichen Prozedur, zu der zwangslosen Behandlung des tatsächlichen Stoffes vorgeschritten.

²⁾ Dies scheint Bruns zu meinen, wenn er a. a. O. S. 454 unten sagt: „Das Recht ist . . dem Willen der Menschen immanent. Der Laie denkt

aus einem Teiche nur zum Teile hervorragt, wer den Teil wahrnimmt, bemerkt auch den Rest, wer den Teil in Besitz nimmt, okkupiert auch das übrige. Ex ungue leonem. Der Vindikant, der die Deichselspitze eines Wagens mit der festuca berührte, hatte damit den ganzen Wagen berührt. So berührt derjenige, welcher davon spricht, dass er eine Sache gegen Geld haben will, nur einen Teil desjenigen Komplexes von Normen, welchen wir unter dem Namen „Kauf“ zusammenfassen¹⁾, allein der Rest ist mitberührt, denn er hängt an dem Berührten. So hängen an den kundbar gemachten Vertragsbestimmungen für den Durchschnittsmenschen die selbstverständlichen, er denkt diese implizite mit jenen, sobald er sich die letzteren vergegenwärtigt.

Richtig ist freilich, dass minder einsichtige Parteien über das wirklich Gesagte hinaus nicht zu denken pflegen. Wir sahen aber, dass das entwickelte römische Recht ihre Denkweise nicht als die normale anerkannte.

Hierbei bleibt noch die Frage offen, warum die Römer ebenso, wie unsere Redeweise, etwas als Parteiwille bezeichnen, was — wenigstens bei den nicht einsichtsvollen Parteien doch nun einmal schlechterdings kein Wille ist. Dies erklärt sich aus den Gesetzen der Sprachbildung, die überall im Zwange des praktischen Bedürfnisses steht und im täglichen Leben die Redeweise der exakten Philosophie nicht brauchen

nicht juristisch, sondern praktisch, aber indem er bestimmte praktische Verhältnisse fest und sicher haben und begründen will, will er sie auch rechtlich“. Ähnlich auch Zitelmann, Irrtum etc. S. 444. Freilich ist hier nicht eigentlich das Recht selbst dem Willen der Geschäftspartei immanent, sondern nur der Hinweis auf seinen Inhalt. Das Gesagte ist übrigens nur bei einsichtigen und klugen Parteien richtig, denen der Rechtsbefehl die minder einsichtigen gleichstellt.

¹⁾ Vgl. Goldschmidt, Handelsr. Bd. I S. 336 (2. Aufl.), welcher meint, eine stillschweigende Unterwerfung unter die üblichen Handelsusancen sei anzunehmen, „weil bei der ungemainen Schnelligkeit der Handelsoperationen die Fixierung des konkreten Vertragsinhalts sich auf die wesentlichen, für den einzelnen Vertrag eigentümlichen Punkte zu beschränken, weil mit einem kurzen Ausdruck eine ganze Reihe von gewollten Rechtsfolgen bezeichnet . . . zu werden pflegt“. Auch dies passt nur auf kluge und verkehrskundige Parteien.

kann. Der wahre Parteiwille und seine unentbehrliche Ergänzung lassen sich bei dem Scheine der Studierlampe vortrefflich unterscheiden, nicht aber auf dem Markte des Lebens. Hier weiss man im einzelnen Falle oft beim besten Willen nicht, ob eine Partei die naturalia negotii gewollt hat oder nicht. Jedenfalls stehen sie aber an Geltungskraft dem Gewollten gleich. Darum nennt man beide mit einem Namen a potiori „Parteiwille“. Was der Verlauf der Dinge untrennbar verschmilzt, das kann der Jurist nicht unterscheiden.

Das soeben Ausgeführte stellt auch klar, wie es sich mit den üblichen Ausdrücken „erklärende“¹⁾ und „ergänzende“ Auslegung verhält. Der letztere Ausdruck mag immerhin beibehalten werden, wenn man sich nur nichts Falsches dabei denkt. Versteht man darunter eine Auslegung, welche den wahren, vielleicht nicht erkennbar gewordenen Willen ergänzt, so ist der Ausdruck unpassend, weil dieses internum in der Regel gleichgültig ist. Versteht man darunter eine Auslegung, welche den rechtserheblichen Sinn der Erklärung (Willen in einem andern Sinne) noch weiter ergänzt, so ist der Ausdruck gleichfalls falsch. Man kann nicht dasselbe zugleich ergänzen und feststellen. Eine Ergänzung ist ein Hinzulegen, kein Auslegen²⁾.

Was vielmehr ergänzt wird, das ist nur der eine Teil des Erkennbaren, dasjenige, was als unmittelbar Gedachtes erklärt ist. Dieses wird durch einen zweiten Teil spezieller Normen vervollständigt, bei intelligenten Parteien kraft ihres Wunsches, bei andern kraft Rechtsbefehls. Es wird also bei der verständigen Partei der Sinn der Erklärung nur aus sich selbst heraus ergänzt, nur die Bedeutung jener indirekten Hinweisung nach ihrem näheren Inhalte festgestellt, also gewissermassen eine von dem Erklärenden absichtlich freigelassene Stelle innerhalb der Erklärung ihrem Wunsche gemäss ausgefüllt, bei der unverständigen Partei geschieht dies auch ohne ihren Wunsch;

¹⁾ Vgl. Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts II. Aufl. 1875 S. 333 Anm. 28 b S. 334.

²⁾ Die gegenteilige Meinung würde an Goethes: „Legt Ihr's nicht aus, so legt was unter“ erinnern.

ergänzt wird nur das, was die Partei nicht selbst direkt ausfüllt¹⁾ (§ 242 BGB.). Darin liegt immerhin eine gewisse Härte gegen die geistig Armen.

Daran zweifelt jedenfalls kein Mensch, dass bei der Auslegung von allen Wünschen oder Befehlen (nicht bloss von juristischen Willenserklärungen) der festgestellte Inhalt des Mitteilungswillens zum Besten des Erfolgswillens aus den Nebenumständen und im entwickelten Rechtszustande auch aus der Verkehrssitte und den allgemeinen Anschauungen über den Zweck der verschiedenen Erklärungsarten zu ergänzen ist.

Das man sich dagegen vielfach sträubt, diese Ergänzung Auslegung zu nennen, erklärt sich aus der Bedeutung, die der Auslegung von Berichten oder Erzählungen zukommt. Einen Bericht darf man über den Mitteilungswillen hinaus überhaupt nicht ergänzen, sonst fälscht man ihn. Wer dagegen Wünsche äussert, der ist damit einverstanden, wenn man seine Worte nach seinem Sinne vervollständigt und das, was er zu sagen oder zu denken vergessen hat, dem Geäusserten hinzufügt.

Wo aber überhaupt erst einmal eine Ergänzung des Mitgeteilten geboten oder auch nur erlaubt ist, da ist sie vielleicht immer noch in der Theorie von der blossen Feststellung des geäusserten Gedankens trennbar, in der Praxis aber nicht. Man kann oft im einzelnen Falle bei dem besten Willen nicht wissen, ob dieser oder jener selbstverständliche Punkt, z. B. die Haftung für Verzugszinsen, von der einzelnen Partei mit in das Auge gefasst war und daher auch dem äusseren Anscheine nach geäussert ist oder nicht. Ist er es, dann ist die Feststellung dieser Tatsache Deutung des Mitteilungswillens und nicht Ergänzung, ist sie es nicht, so gilt das Gegenteil.

Weil sich nun beides nicht sondern lässt, so nannten die Römer beides interpretatio. Das deutsche Wort „Auslegung“ deckt sich damit nicht völlig in etymologischer Hinsicht, aber

¹⁾ So wird vielfach die Bezeichnung des Preises der ausführlichen Bestimmung des Verkäufers, diejenige seiner Eviktionshaftung seiner mittelbaren Hinweisung auf das Verkehrübliche entnommen. Vgl. hierzu die treffenden Bemerkungen Eiseles in der KrVJSchr. Bd. XX S. 16 Anm. Vgl. auch Dogm. Jahrb. Bd. XXV S. 414 ff. und I. 11 § 1 dig. de act. empti 19, 1.

wir haben nun einmal kein besseres, um das zu bezeichnen, was man die vorschriftsmässige geistige Verarbeitung einer Mitteilung nennen könnte.

Darum rechnen wir auch dies Ergebnis der Verkehrssitte mit zum Vertragsinhalte; denn die richtige Deutung eines Geschäfts muss sie in diesen Inhalt aufnehmen.

Die viel erörterte Frage, wie Treu und Glaube sich zur Verkehrssitte verhalten, hat eine interessante Literatur hervorgerufen¹⁾. Ohne auf die einzelnen Ansichten einzugehen, dürfen wir wohl in dem erwähnten Ausdrucke „Treu und Glauben“ eine Übersetzung der römischen bona fides und in der „Verkehrssitte“ ein Abbild der boni mores sehen. Die bona fides ist das Empfinden des allgemein menschlichen unwandelbaren Sittlichkeitsgebotes (neminem laede), die Verkehrssitte aber die wandelbare Gewohnheit bestimmter Kreise. Treu und Glauben gebieten die Verkehrssitte zu beachten. Damit erschöpft sich aber das Gebot der bona fides nicht; denn es gibt Schlechtigkeiten, denen wegen ihrer Seltenheit von der Verkehrssitte nicht vorgebeugt wird, die aber trotzdem ex fide bona als verboten gelten sollen (vgl. § 226 BGB.). Die Verkehrssitte hat überhaupt mehr einen gebietenden, als untersagenden Charakter, weil Unterlassungen in ihr nicht zutage treten können. Darum muss neben ihr die redliche Gesinnung als Mittel zur Ergänzung des ausdrücklich Gesagten genannt werden. Die Ergänzung des Geäusserten aus der Verkehrssitte beruht also überhaupt nicht auf dem Bestreben, dem inneren Parteiwillen zu entsprechen; denn bei den Geschäften des strictum jus achtete man zwar auf diesen Willen, vermied aber Ergänzungen. Sie beruht vielmehr auf einer politischen Erwägung, die für den formlosen Verkehr bestimmt ist. Es ist eine bekannte Erscheinung, dass intelligente Leute sich der Kürze befeissigen und namentlich nicht selbstverständliche Dinge breit-treten²⁾. Beschränktere Köpfe streben dagegen nach Ausführlichkeit. Das entwickelte römische Recht beförderte aber im

¹⁾ Die von Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte II. Aufl. S. 121, Anm. 1, mitgeteilt ist. Vgl. auch S. 121 Anm. 2, wonach die Treue gehalten und der ihr entsprechende Glaube nicht enttäuscht werden soll.

²⁾ Daher das Sprichwort: Le secret d'être ennuyeux c'est de dire tout.

Interesse der Volksernährung die Belebung und die Beschleunigung des Verkehrs und deshalb auch die Begünstigung der klügeren Parteien, die gegenüber der trägen Masse die Träger dieser Belebung sind¹⁾. Dem entspricht die Rücksicht auf die Verkehrssitte, die sich den bevorzugten Geistern anschmiegt auf Unkosten der Unwissenden und Teilnahmlösen, denen die Gebräuche und die Bedürfnisse des Lebens unbekannt sind und die sich für ihre Geltung nicht interessieren.

Darum gilt im Zweifel das den Klügeren günstigere Recht im Gegensatz zu der früheren verkehrarmen Kulturstufe. So auch bei uns (§§ 157, 242 BGB.).

Eine Reihe von Quellenstellen, welche von dem Standpunkte der früher herrschenden Meinung jeder Auslegung spotten²⁾, lassen sich in der angegebenen Weise erklären.

Ein diligens paterfamilias, der, sich für einen Erben haltend, seine Sachen als Legate auszahlt, würde, befragt, in welchem Sinne er für den immerhin möglichen Fall, dass ein anderer Erbe sei, sein Verhalten aufgefasst wissen wolle, sicherlich antworten, dass er für diesen Fall einen animus heredem obligandi habe, darum erwirbt er auch unter dieser Bedingung eine actio negotiorum gestorum contraria³⁾. Zu dem gleichen Ergebnisse kommt man aber auch, wenn man den diligens paterfamilias aus dem Spiel lässt und einfach die Bedeutung

¹⁾ arg.: Venulejus, l. 4 dig. quod vi aut clam 43, 24 ne melioris conditionis sint stulti quam periti.

²⁾ Hierher gehören auch die von Kohler in den Dogmatischen Jahrbüchern Bd. 16 S. 329, 330 mitgeteilten Beispiele.

³⁾ l. 49 dig. de neg. gestis 3, 5 (Africanus). Vgl. l. 50 § 1 dig. de her. pet. 5, 3. Im Falle einer Auslage von Impensen für eine fremde Sache von seiten dessen, der sie bona fide besitzt, nehmen die Römer einen gleichen animus obligandi nicht an (l. 29 pr. dig. communi dividundo 10, 3), wahrscheinlich weil dann selbst dem diligens paterfamilias der Gedanke an die Eventualität, die Sache könne einem anderen gehören, gar zu ferne liegt, auch durchaus nicht immer anzunehmen ist, dass die impensae, selbst wenn sie necessariae sind, dem Herren eine Ausgabe ersparen; denn vielleicht würde sich die Auslage für ihn billiger gestellt haben, wenn die Sache, wie es sich gehörte, bei ihm gewesen wäre. Der Inhalt der im Text genannten Regel ist vom BGB. abgelehnt worden. Vgl. § 687 BGB. Es ist jedoch fraglich, ob nicht dieser Mangel in besonderen Fällen durch eine Verkehrssitte ausgeglichen werden kann.

der Auszahlung von Vermächtnissen nach ihrem wirtschaftlichen Zwecke würdigt und deutet.

Wenn eine Tradition infolge eines Dissenses über den tradierten Gegenstand nichtig ist¹⁾, so behält doch der Tradent den animus possidendi, weil ein diligens paterfamilias, auf eine solche Eventualität aufmerksam gemacht, erklärt haben würde²⁾, dass er sich für diesen Fall seine Besitzrechte vorbehalte³⁾ 4). Auch hier kommen wir noch einfacher zu demselben Ziele aus einer Würdigung des Zweckes der Traditionsgeschäfte.

Als Grundsatz ist proklamiert, dass ein bona fide serviens nur dann eine von ihm angetretene Erbschaft für sich erwerben könne, wenn sich dies als der Sinn seines Verhaltens ergibt⁵⁾.

¹⁾ l. 34 dig. de acqu. vel am. poss. 41, 2. Vgl. hierzu Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 17 S. 325; l. 6 dig. de donat. 39, 5.

²⁾ So die erste Aufl. Ich möchte jetzt lieber einfacher sagen: „weil es der Verkehrssitte und dem Verkehrsbedürfnisse entspricht“. Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 499, bemerkt nicht übel, dass der Hinweis auf den paterfamilias „einer Fiktion des Willens zum verwechseln ähnlich ist“. Vgl. auch Lotmar, KrVJSchr. Bd. 25 S. 419 ff.

³⁾ Zuzufolge der Analogie der l. 25 § 1 dig. de usufr. 7, 1 würde sogar nach der Meinung des Verfassers ein Tradent, welcher eine Person vor sich sieht, von der er nicht weiss, ob sie für sich oder einen anderen Besitz ergreifen will, die Sache zu ihren Händen in das Eigentum dessen übertragen wollen, aus dessen Vermögen die Valuta entnommen ist. Darüber, dass man es überhaupt bei Stellvertretungen mit der Erkennbarkeit des Hinweises auf den Prinzipal nicht zu streng nehmen muss vgl. Ihering, Dogm. Jahrb. Bd. I S. 312; Schlossmann, Die Besitzerwerbung durch Dritte S. 151 ff., und jetzt § 164, 2 BGB.

⁴⁾ Die nachfolgenden Stellen sind namentlich von Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 18 S. 137—141, 472, 474 benützt, freilich dort zu dem Beweise der Ansicht, dass die Parteien bei den Rechtsgeschäften nur die wirtschaftlichen, nicht die rechtlichen Folgen wollen. Wer, sich für den Sklaven eines andern haltend, für diesen die Erbschaft antritt, der will aber die wirtschaftlichen Folgen dieses Geschäfts nicht mehr und nicht minder für sich selbst herbeiführen als die rechtlichen.

⁵⁾ arg. l. 54 pr. de acquir. rerum dominio 41, 1. Modestinus: Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest, qui bona fide nobis servit: adquiret, si tamen sponte sua sciens conditionem suam adierit: nam si jussu nostro adierit, neque sibi neque nobis adquiret, si non habuerit animum sibi acquirendi: quod si eam mentem habuit sibi acquiri. Vgl. hierzu Pernice, Antistius Labeo Bd. II S. 171 Anm. 66.

Und doch erwirbt er bei dem Antritte eine Erbschaft diese ohne weiteres, sofern er nur nicht auf Befehl seines Herrn antritt¹⁾. Sein Mitteilungswille ging sicherlich nicht soweit, wohl aber sein Erfolgswille und ebenso der Zweck derartiger Antretungshandlungen. Warum die Quellen so entscheiden, darüber lassen die Schlussworte der l. 60 (59) pr. dig. de hered. instit. 28, 5 keinen Zweifel; sie sagen, dass ein solcher Erbschaftsantritt, sobald er nicht erzwungen sei, als ein Antritt im eigenen Namen für den Fall, dass der Antretende frei sein sollte, auszulegen sei. Ist nämlich der putative Sklave redlich, so wird er die Erbschaft nach dem Grundsätze, dass wir keinem andern zufügen dürfen, was uns selbst unerwünscht ist, nur dann für seinen Herrn erwerben wollen, wenn die Erbschaft ihm selbst begehrenswert sein müsste²⁾, falls er etwa frei sein sollte. Durch seinen Erbschaftsantritt für den Herrn erklärt er also einen eventuellen Antritt für sich selbst durch einen stillschweigenden Hinweis³⁾ auf das,

¹⁾ l. 19 Pomponius de acquir. rerum dom. 41, 1 (Pomponius): sed Trebatius, si liber homo bona fide serviens jussu ejus cui serviet hereditatem adisset, heredem ipsum fieri nec interesse quid senserit, sed quid fecerit. Labeo contra, si ex necessitate id fecisset: quod si ita, ut et ipse vellet, ipsum fieri heredem. (Vgl. Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 18 S. 138 u. 139; l. 60 (59) pr. dig. de heredibus instituendis 28, 5): Liber homo cum tibi serviret, heres institutus jussu tuo adiit. Trebatius esse eum herede: Labeo tunc non esse heredem, si necessitate id. fecerit, non quod alioquin (d. h. eventuell) vellet obligari. Vgl. Kohler a. a. O. S. 140. Das gleiche ist für Hauskinder in der lex 34 pr. de acquir. vel. om. hered. 29, 2 bestimmt.

²⁾ Hat er mala fide gehandelt, so fällt er selbst in die einem anderen gegrabene Grube. Hier, wie überall, gestattet die Präsumtion der Redlichkeit bei der Auslegung dem, dessen Erklärung ausgelegt wird, keinen Gegenbeweis gegen diese Präsumtion. Mag es für diesen auch bisweilen vorteilhafter sein, als ein unredlicher Mensch zu gelten, ja mag er sogar die schlagendsten Beweise der Schlechtigkeit seiner Gesinnung beibringen, so hilft ihm das doch nichts. Die Präsumtion der Redlichkeit wird ihm im allgemeinen Interesse aufgezwungen. Vgl. aber auch Burckhard a. a. O. S. 370 ff. Adolf Exner bemerkt hierzu brieflich, dass ich für das Gesagte den berühmten Ausspruch Papinians (l. 16 D. de cond. institut. 28, 7) hätte anführen sollen.

³⁾ Die l. 19 cit. oben Anm. 1 bezeichnet also den Antritt für sich selbst als etwas quod non senserit, zugleich aber als den Gegenstand des „et ipse velle“. Dies letztere ist eben ein blosses „alioquin velle“, von dessen Inhalt der

was er, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte, gewollt haben würde oder noch einfacher durch den Zweck, den das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft für das Verkehrsleben hat.

Genau das gleiche gilt von der l. 13 § 2 dig. de actione commodati 13, 6:

Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem, nam et Celsus filius ajebat, si jussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum, nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus, quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur¹⁾.

Wenn ein Sklave einem Freien etwas versprach, so haftete er zwar nur naturaliter, jedenfalls aber erklärte er damit, dem Gläubiger insoweit rechtlich verbindlich sein zu wollen, als dieses nach Rechtsvorschrift möglich war. Auf die Frage, wie es denn gehalten werden sollte, falls er etwa wider Erwarten frei sein sollte, würde er als redlicher Mensch sicherlich antworten müssen, dass er dann civiliter haften wolle. Würde er dies nicht tun, so würde er ja geradezu dadurch bekennen, dass er die Haftung fürchte, dass es also seine An-

Wollende kein Bild hat, sondern das er nur durch einen Hinweis auf das nach einer angemessenen Interpretation Festzustellende bestimmt. Lenel, Dogm. Jahrb. Bd. 19 S. 247 Anm. 120, scheint die Beweiskraft der l. 19 anzuzweifeln, weil die l. 54 pr. dig. de acqu. rer. dom. 41, 1 in unserem Falle einen seiner rechtlichen Lage Kundigen bona fide serviens voraussetzt. Allein eben deshalb enthält sie für den dieser Lage Unkundigen gar keine Bestimmung. Vgl. auch Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 496 Anm. 1.

¹⁾ Kohler folgert (Jahrb. f. Dogm. Bd. 18 S. 137, 138, 473) aus dieser Stelle, dass man bei den Rechtsgeschäften nur die wirtschaftlichen, nicht die rechtlichen Folgen zu wollen brauche, und nennt den Schluss der Stelle, welcher die Entscheidung anders begründet, eine „lahmfüssige Argumentation“. Es ist aber in der Tat nicht einzusehen, warum die zweite Hälfte der Stelle darum lahmfüßiger sein soll, als die erste; a. M. Piniński a. a. O. S. 495 Anm. 3. Ganz in dem gleichen Sinne sprechen sich die l. 54 § 1 dig. de acquir. rer. dom. 41, 1 und die l. 118 pr. dig. de verb. obl. 45, 1 aus.

sicht sei, den Gläubiger zu enttäuschen. Der Zweck der Geschäfte, um die es sich handelt, führt aber hier noch einfacher zu demselben Ergebnisse.

Dass alle die Schwierigkeiten, welche man in diesen Fragen gefunden hat, einzig und allein aus der oben gerügten Verwechslung des natürlichen mit dem rechtserheblichen Willen herrühren, dürfte zweifellos sein¹⁾. Hält man den natürlichen Willen für entscheidend, so bleibt nichts übrig, als alle *leges contractus*, an welche man bei dem Geschäftsabschlusse nicht gedacht hat, in rein willkürlicher Weise zu dem wirklich Gewollten hinzuzufügen. Sucht man aber überall nur den rechtserheblichen Willen und ist weiterhin bestimmt, dass der Sinn der Mitteilungen sich nach dem individuellen Willen in der Regel nur insoweit, als dieser hervortrat, sonst aber nach dem Verkehrsüblichen und Verkehrsangemessenen richten soll, insofern die Verkehrssicherheit dies verlangt, so weiss die Praxis stets, was gelten soll, sie hat dafür eine zwar ohne Lebenserfahrung nicht benutzbare, trotzdem aber sichere Grundlage in Gewohnheiten und Bedürfnissen des Verkehrslebens, die durch Beobachtung zu ermitteln sind²⁾.

Indem diese Grundsätze immer mehr Anwendung finden, geraten die präsumierten und fingierten Willenserklärungen, die früher zu dem eisernen Inventar von Theorie und Praxis gehörten, mehr und mehr in Vergessenheit. Das BGB. weiss von ihnen nichts.

II. Die Zergliederung des Vertragsinhaltes

a) Die Ausscheidung des Vertragsinhaltes aus den Parteiverhandlungen.

§ 12.

Das, was wir Vertragsinhalt nennen, verschmilzt im innern natürlichen Willen und in den Gesprächen der Parteien mit den

¹⁾ Vgl. jetzt auch Hölder, Zur Theorie der Willenserklärungen (Drei Beitr. z. bürgerl. Recht, Festg. für Degenkolb, Leipzig 1905) S. 125. Der vom R. der Partei bestimmte Inhalt „gilt als von ihm gewollt, sollte er ihn auch in Wirklichkeit nicht gewollt haben“, d. h. als *civiliter*, *non naturaliter* gewollt.

²⁾ Die *naturalia negotii* sind also in jedem Falle möglicherweise gewollt, aber nicht immer wirklich gewollt.

Vertragszwecken zu einer untrennbaren Masse. Der Jurist ist dagegen dazu berufen, das Geschäft von seiner *causa* zu sondern, und namentlich die Irrtümer, die den Geschäftsinhalt ausschliessen, von den *falsae causae*, die einen blossen Rückforderungs- oder Bereicherungsanspruch nach sich ziehen, scharf zu unterscheiden.

Ist der Sinn mehrerer Parteiäusserungen und die von ihnen anerkannte *lex contractus* ermittelt, so kann es immer noch zweifelhaft sein, ob die Parteien demgemäss die Absicht erklärt hatten, ihren Inhalt unter den Schutz des Rechtszwanges zu stellen. Diese Absicht hat keinen für alle Fälle passenden Namen, im einzelnen heisst sie bald *animus tradendi*, bald *animus obligandi*, bald *animus servitutis constituendae* u. dgl. Diese Begriffe gehören so sehr zu dem täglichen Brote des praktischen Juristen, dass eine neuere Ansicht, welche annimmt, dass alle diese Absichten des Rechtserfolges für den Tatbestand der Abreden gleichgültig sind, eine völlige Umwälzung unserer juristischen Anschauungen würde nach sich ziehen müssen, wenn sie in ihrem vollen Umfange richtig wäre¹⁾. Diese Ansicht, der früher herrschenden Lehre widerstreitend, ist aber doch nur ihre Ausgeburt. Wenn man lehrt, dass der Vertragsinhalt bei der Abrede durchweg in jedem einzelnen Falle bewusst gewollt sein müsse, und wenn man dennoch daran festhält, dass

¹⁾ Vgl. v. Savigny, System III S. 6 nota g; Lotmar, Über *causa* im röm. Rechte, München 1875 S. 15 ff.; Schlossmann, Der Vertrag 1876 S. 128 ff.; Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 16 S. 331, Bd. 18 S. 150, 155; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878 S. 364 ff.; Schlossmann, in Grünhuts Zeitschr. f. Zivilr. Bd. 7 S. 569 ff. und in eingehender Ausführung dieses Gedankens Lenel, „Parteiabsicht und Rechtserfolg“, in Iherings Dogm. Jahrb. Bd. 19 Nr. 5. Eine vermittelnde Stellung zwischen dieser Ansicht und der herrschenden Lehre beobachtet Bruns, Kleine Schriften Bd. II S. 454 bis 456, 476. Gegen Kohler vgl. namentlich Pernice, Zeitschr. f. d. ges. Handelsr. Bd. 25 S. 79 ff.; vgl. auch Karsten, Die Lehre vom Verträge, Rostock 1882 S. 16; Bechmann, Kauf II S. 11 ff.; Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitz-erwerbs II S. 316 Anm. 2, und namentlich Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., Jena 1906 S. 7; daselbst auch Literaturangaben. Der Endzweck der Parteierklärungen ist allerdings überall ein wirtschaftlicher und gesellschaftlicher, aber als Mittel zu seiner Erreichung beabsichtigt die Partei (nach richtiger Auslegung des Geäusserten) einen Rechtserfolg.

oft Rechtswirkungen eintreten, an welche die Parteien bei jener Gelegenheit nicht dachten, so muss man schliesslich annehmen, dass diese Wirkungen ausserhalb des Inhalts des Konsenses liegen¹⁾.

Dem Verfasser macht natürlich diese Ergänzung des ausführlich Gesagten aus dem nicht klar bewusst Gedachten keinerlei Schwierigkeit. Für die Haftung eines Kontrahenten ist es gleichgültig, ob ihm der juristische Name des Geschäfts bekannt ist, ebenso wie etwa die Unkenntnis der dem Geschäft in der französischen Sprache zukommenden Bezeichnung. Wer die Aussicht erlangen will, eine geliehene Summe wiederzuerhalten, und im Notfalle darauf zu klagen, der erwirbt eine Darlehnsforderung, auch wenn er nicht weiss, dass man jene Aussicht so nennt. Wer einem Freunde zu Liebe auf die Möglichkeit, von ihm eine Summe einzutreiben, so verzichtet, dass dieser sich im Notfalle auch vor Gericht darauf soll berufen können, der hat einen Schulderlass vollzogen, ohne vielleicht das Geschäft richtig benennen zu können²⁾. Man behaupte nicht, dass die Parteien an den Notfall der gerichtlichen Geltendmachung niemals denken. Der sorgfältige Geschäftsmann denkt daran; ihm sind die Exekutionsobjekte eines Kreditsuchenden oft bedeutungsvoller, als dessen ehrliches Gesicht. Mindestens ist der Hinblick auf den Staatszwang³⁾ etwas Verkehrsübliches und somit durch mittelbaren Hinweis von allen einsichtigen Parteien gewollt, weil das Recht die Partei und den auslegenden Richter dazu zwingen, die Anordnung dieses Zwanges da anzuerkennen, wo sie den Parteiwünschen entspricht.

Dass dieser Hinblick auf den Staatsschutz für die gewollten tatsächlichen Folgen diese zu rechtlichen Folgen macht und eine Voraussetzung des gültigen Vertrages ist, zeigt sich an der Möglichkeit, ihn auch da durch Abrede auszuschliessen, wo

¹⁾ Vgl. v. Savigny Bd. III S. 6, welcher jedoch nur von einseitigen Geschäften spricht. Eisele, KrVJSchr. Bd. 20 S. 7, nimmt hier einen „unbewussten Willen“ an; dagegen Lenel, Dogm. Jahrb. Bd. 19 S. 158.

²⁾ Geschäfte wie *addictio in diem*, *lex commissoria*, Bestellung einer *superficies* u. dgl. werden fast niemals von den nichtjuristischen Parteien bei ihrem Namen gekannt.

³⁾ Dieser ist bei *Natralobligationen* nur ein direkter.

er sonst als verabredet gelten würde¹⁾ ²⁾. Im Verkehrsleben wird er vermutet, bei Versprechungen im Freundeskreise ohne erkennbare Absicht der Regel nach nicht³⁾. Ein auf das blosses Anstandsgefühl, nicht auf Rechtswang, hinzielendes Versprechen kann man überhaupt von dem rechtsgültigen nur dadurch unterscheiden, dass bei ihm die Rücksicht auf den Rechtswang fehlt. Bisweilen konstruieren sich die juristisch gebildeten Parteien oder die für sie arbeitenden Richter und Notare die rechtliche Natur des tatsächlichen Zustandes, der unter Rechtsschutz zu stellen oder des Rechtsschutzes zu entkleiden ist, ganz genau⁴⁾, und solange der Zwang zur Benutzung juristischer Formulare bestand, mussten sie darauf hingestossen werden.

Übrigens ist die Verschiedenheit der hierüber geäusserten Meinungen durchaus nicht so gross, wie es scheint; denn es fehlt *Iliacos intra muros et extra* eine scharfe Bestimmung, was nun eigentlich in jedem Falle bewusst gewollt sein muss⁵⁾.

¹⁾ Ein Kontrahent allein kann ihn durch *dolose* oder *kulpose Mentalreservation* nicht hemmen. So ist das Beispiel in Schlossmanns Aufsatz, *Grünhuts Zeitschrift* Bd. VII S. 564, zu beurteilen. A. M. Thomsen, *Rechtliche Willensbestimmung* S. 8.

²⁾ I. 3 § 2 *dig. de oblig. et act.* 44, 7; auch I. 7 § 12 *dig. de pactis* 2, 14 ist in diesem Sinne auszulegen.

³⁾ Vgl. Iherings *Jurisprudenz des tägl. Lebens* XIII Nr. 9 (*Widerwurf der Einladung eines Freundes*).

⁴⁾ Dies geschah in Rom häufiger, als es leider heutzutage der Fall ist. Vgl. Ihering, *Geist des röm. Rechts* § 18 a, 4. Aufl., Leipzig 1878 S. 292, — Diesen Fall allein schildert Zitelmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 385. Irrtum und Rechtsgeschäft S. 433 f. Auf nichtjuristische Kontrahenten passt seine Schilderung nicht. Thomsen, *Die rechtliche Willensbestimmung*, Kiel 1882 S. 21, geht zu weit, wenn er meint, dass sie gar nicht passe. — Der *animus sese obligandi* beruht allerdings, wie Schlossmann, *Vertrag* S. 137, hervorhebt, nicht auf dem Bestreben, den Zwang des eigenen Gewissens zu verstärken, allein er beruht meist darauf, dass ohne eine solche Verpflichtung der Mitkontrahent die Gegenleistung nicht machen würde. Vgl. auch Brinz, *Pandekten* S. 1575.

⁵⁾ Zitelmann, *Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 396, 397, meint, die „ersten Rechtsfolgen“ müssten beabsichtigt sein. Kohler, *Dogm. Jahrb.* Bd. 18 S. 148, hält diese unbestimmte Formel für „wissenschaftlich und praktisch wertlos“ und verlangt nicht einen auf die „Rechtsfolgen“, sondern einen auf „einen Rechtsakt“ (*Dogm. Jahrb.* Bd. 16 S. 333) oder „ein Rechtsinstitut“ (ebenda Bd. 16 S. 106) gerichteten Willen. Dabei bleibt die Frage offen, wodurch sich diese in Gegensatz gestellten Arten des Willens unterscheiden sollen.

Von unserem Standpunkte beantwortet sich die Frage dahin, dass die einsichtigen Parteien alle diejenigen Erfolge unter Rechtsschutz stellen, welche von der Rechtsordnung verlangt werden, damit sie den gewünschten Rechtsschutz gewähre. Dabei spielt die praktische Durchführbarkeit des Geschäftsinhalts eine grosse Rolle. Die Rechtsordnung will wissen, was sie im Notfalle erzwingen soll. Einer Partei, die dies nicht deutlich ausdrückt, kann sie nicht helfen¹⁾.

Bei einer Betrachtung der minder einsichtigen Parteien muss zugegeben werden, dass sie sich in ihrem Streben nach dem erwünschten wirtschaftlichen Erfolge nicht immer der Rechtsfolgen bewusst sind, die sie als Mittel zu ihrem Zwecke heraufbeschwören. Ihre Denkart darf aber nach entwickeltem römischem Rechte der Geschäftsauslegung nicht zugrunde gelegt werden²⁾.

Damit ist freilich noch immer nicht die Frage beantwortet, wonach man im einzelnen Falle, wenn die rechtliche Natur des Geschäftes nicht formuliert³⁾, oder vielleicht von Laien falsch benannt worden ist⁴⁾, diese Rechtswirkung erkennt⁵⁾. Nach den oben gegebenen Auslegungsregeln, welche bei der Abrede der Rechtsfolgen nicht minder gelten, als bei dem sonstigen Vertragsinhalte⁶⁾, entscheidet bei formlosen Verträgen der er-

¹⁾ Die Rechtsvorschrift kann besondere Formen verlangen. Über c. 17 Cod. de fide instrumentorum 4, 21, der jetzt § 154, 2 BGB. entspricht und die davon ausgeht, dass jeder, der ein Versprechen niederschreiben will, seine Unterwerfung unter die Abrede aufschiebt, bis er sie nochmals schwarz auf weiss gesehen hat, so wie über die Nichtbeachtung dieser Stelle durch moderne Verkehrsgewohnheit und Praxis vgl. Regelsberger, Erörterungen S. 145 ff., Handbuch II S. 422.

²⁾ Vgl. oben S. 226 ff.

³⁾ Man denke an die Abgabe des Briefes am Postschalter, das Einsteigen in den Omnibus u. dgl.

⁴⁾ So bleibt z. B. die Leihbibliothek trotz ihres Namens eine Vermietungsbibliothek. So mit Recht Baron, Pandekten § 275 I.

⁵⁾ Bei den Formalgeschäften (von Kohler, Dogm. Jahrb. Bd. 18 S. 156, „Typengeschäfte“ genannt) fällt diese schwierige Frage weg. Gerade um die letztere zu vermeiden, hat das älteste einfache Recht nur solche Geschäfte zugelassen. Vgl. hierzu Karsten, Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters, Rostock 1882 S. 20.

⁶⁾ Mit Unrecht folgert Kohler daraus, dass vielleicht im einzelnen

kennbare Sinn der Vertragserklärung und dieser richtet sich wieder nach dem erkennbaren Zwecke, welchen die *lex contractus* nach der Meinung des Erklärenden haben soll¹⁾, d. h. dem tatsächlichen Erfolge, welcher in der Aussenwelt oder in der Seele eines Menschen²⁾ durch die Abrede erzeugt wird und dessen Eintreten zugleich durch die Ermöglichung eines Rechtszwanges befördert werden soll. Es hängt also, um in der Sprache Wachs³⁾ zu reden, der „Rechtseffekt“ von dem gewünschten „Natureffekte“ ab. Dieser muss immer zuerst bestimmt und nach dem Satze, dass, wer den Zweck erstrebt, auch die dazu geeigneten Mittel will⁴⁾, die verabredete recht-

Fälle die Rechtsfolgen nicht direkt gewollt sind (a. a. O. Bd. 16 S. 338), die Überflüssigkeit ihrer Festsetzung. Auch von anderen Vertragsbestandteilen gilt das gleiche. Sie alle brauchen nur nach den Regeln der Vertragsauslegung zum Geschäftsinhalte zu gehören. Kohler argumentiert ferner Bd. 16 S. 105 aus l. 19 dig. de usu leg. 33, 2. Si alii fundum alii usum fructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur, nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usu fructu lego: vel Sejo ejusdem fundi usum fructum heres dato“, quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit. Allein Regelsberger verweist mit Recht auf das interdum (Handb. II S. 387 Anm. 2). Die Stelle sagt übrigens nicht, wie manche Lehrbücher fälschlich berichten, dass man nicht dem einen die Sache, dem andern den Niessbrauch hinterlassen könne, sondern nur, dass man es in der dazu bestimmten lateinischen Form tun müsse. Mit dem Wegfalle dieser Form ist die Vorschrift weggefallen. Schon durch die Verschmelzung der Legate mit den Fideikommissen ist es geschehen. Sie gehört daher zu den veralteten formalen Vorschriften, welche Justinian mit der Bestimmung mitteilt, dass der Richter selbst die gültigen von den noch beizubehaltenden aussondern solle. § 3 inst. de legatis 2, 20: quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum.

¹⁾ Nicht von dem besonderen Zwecke seiner Unterwerfung unter die Vertragsnorm, welcher seinem Mitkontrahenten gleichgültig ist, mag dieser besondere Zweck erkennbar sein oder nicht.

²⁾ Es ist hier namentlich an die Befriedigung des Gläubigers gedacht.

³⁾ Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 64 S. 239.

⁴⁾ Es behält sich jemand bei dem Verkaufe seines Gartens einen „Apfelbaum“ vor (Ihering, Rechtsfälle I. B.). Damit will er die Aussicht auf denjenigen Rechtsschutz erlangen, welcher hier allen möglich ist, also nach gemeinem Rechte die superficies, deren Namen er nicht kennt. (Nach BGB. kann wohl nur von einem persönlichen Ansprüche die Rede sein.) Ich will

liche Wirkung aus dem verabredeten Zwecke des Geschäftes festgestellt werden, d. i. aus dem Erfolge, welchen es für beide Vertragsparteien haben soll¹⁾. Bei den abstrakten und an stilistische Formen geknüpften Geschäften ist dies freilich nicht nötig. Hier weist der Wortlaut des Geschäftes auf die Rechtsfolgen hin. Ihn greift der Richter aus der Masse der Parteiverhandlungen als allein wichtig heraus, um ihn absondert von allem, was darum und daran hängt, als Ursache rechtlicher Folgen zu behandeln.

Das gleiche Verfahren beobachtet der Richter überall da, wo die Parteien freiwillig den Erfolg des Geschäftes für die Parteien durch juristische Benennung charakterisieren, was namentlich dann zu geschehen pflegt, wenn sie sich notarieller Beihilfe erfreuen.

Anders bei den stilistisch formlosen Geschäften. Hier muss der Richter in die Masse der juristisch unbenannten Parteiäusserungen hineingreifen, um das herauszuholen, was für den Rechtsschutz nötig ist. Diesen Stoff muss ihm die Partei liefern, die den Schutz verlangt. Doch ist der Richter auch hier nicht so neugierig, alles wissen zu wollen, was die Parteien miteinander abgemacht haben. Nur zweierlei will er

mit dem Omnibus zum Bahnhofs fahren dürfen (d. h. unter rechtlicher Garantie, also mit der Aussicht auf Schadensersatz bei Nichterfüllung) und Geld dafür geben. Hier will ich diejenige Befugnis, welche zur Realisierung meines Zweckes gewährt ist, ohne zu wissen, dass sie *actio locati* heisst. Warum ist die Übergabe eines Briefes an den Freund zur Bestellung ein Mandat und der gleiche Akt gegenüber dem Dienstmann *locatio operis*? Weil nur im letzten Falle ein Lohn bezweckt ist, und daher nur die Mietsforderungen als das Mittel zur Sicherung dieses Zweckes gewollt sein können usw. Dem entspricht jetzt BGB. § 632. — Ein abschreckendes Beispiel der entgegengesetzten Methode, welche den Rechtserfolg nicht nach dem faktischen Zwecke abmisst, sondern umgekehrt verfährt, teilte dem Verfasser ein älterer Praktiker mit. In einer kleinen Stadt liess sich ein durchreisender Fremder aus einer Möbelleihanstalt durch seinen Diener Betten holen. Als er auf ein angemessenes Entgelt verklagt wurde, erkannte der Richter, das Geschäft sei ein Kommodat und folglich (*sic!*) unentgeltlich. Ein Beispiel der richtigen Argumentation vgl. z. B. bei Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 81.

¹⁾ Traditionen und Stipulationen sind keine Parteiziele, sondern nur Mittel zu solchen.

erfahren. Zunächst die festgesetzte Geschäftsfolge und wenn diese nur den einen Teil belastet, die *causa* im technischen Sinne, d. h. die Antwort auf die Frage, ob und in welcher Weise von dem Mitkontrahenten oder einem anderen ein Entgelt für die festgesetzten Rechtsfolgen gegeben werden soll. Liegt über diese Entgeltfrage eine gültige Abrede nicht vor, so ist das Geschäft *sine causa*¹⁾; wenn den Kontrahenten bei ihren Einzelerklärungen eine Antwort auf diese Entgeltfrage überhaupt nicht in erkennbarer Weise vorschwebte, so fehlt es an dem erforderlichen *animus contrahendi*²⁾; denn nur als Mittel zu realen Zwecken haben die Rechtswirkungen einen Sinn und werden auch nur so verabredet³⁾.

Bei der Auslegung des stilistisch formlosen nicht abstrakten Vertrages muss also der Richter sich folgende Fragen vorlegen:

- 1) Was ist zugesichert?
- 2) Für welches Entgelt?

Die Gründe und Zwecke⁴⁾ des einzelnen, die im nicht-juristischen Sinne ebenfalls *causae* heissen, sind für sich allein

¹⁾ Dingliche Geschäfte unterliegen nur einem obligatorischen Rückforderungsrechte, offenbar um dritte redliche Erwerber nicht zu verletzen; arg. I. 1 § 1 *dig. de conditione causa data* 12, 4.

²⁾ arg. § 40 *inst. de rer. div.* 2, 1 (vgl. Hesse, *Dogm. Jahrb.* Bd. 15 S. 79), welcher somit der I. 36 *dig. de acquir. rer. dom.* 41, 1 nicht widerspricht. Das römische Recht verlangt nur, dass bei der Tradition der Zweck, welcher einem jeden der beiden Kontrahenten vorschwebte, im Zweifel vor Gericht erwiesen werden muss, und dass aus diesem Zwecke der *animus domini transferendi* gefolgert werden kann, nicht aber, dass die beiderseitigen Zwecke untereinander übereinstimmen, und noch weniger, dass sie, wie die Lehre vom *titulus* und *modus* annahm, ein gültiges Rechtsgeschäft bilden müssen; vgl. auch Dernburg, *Lehrb. des preuss. Privatrechts* I § 186. Die Tradition ist also kein völlig abstraktes, aber auch kein von der Gültigkeit eines auf sie abzielenden vorhergehenden Vertrages abhängiges Geschäft. In der im Texte angegebenen Art dürfte auch die I. 7 § 4 *dig. de pactis* II, 14 besser zu erklären sein, als in der gewöhnlichen Art.

³⁾ So mit Recht Bähr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* § 3 S. 11 ff. 2. Aufl.

⁴⁾ Grund und Zweck einer Handlung gehören zu ihren psychologischen Ursachen oder Voraussetzungen (*causae*). Der Zweck ist das durch die Handlung zu erreichende Ziel, der Grund eine Annahme oder Erwartung, welche den Zweck als begehrenswert oder das Mittel als geeignet erscheinen

ebenso bedeutungslos, wie seine Absicht; es gilt nicht die Absicht des einzelnen¹⁾, sondern die Abrede beider, das Ergebnis der Parteiverhandlungen.

Diese causa des Vertrages im technischen Sinne des Wortes, d. h. der zur Beurteilung formloser Verhandlungen unentbehrliche Geschäftszweck, ist also der Schlüssel zur Feststellung der rechtlichen Vertragswirkung. Gerade darin gipfelt die Hauptkunst der praktischen Jurisprudenz bei der Auslegung der Verträge, in den Seelen der Kontrahenten zu lesen, wie ihre Absichten sich bei dem Vertragsschlusse in ihren Erklärungen abspiegelten, und aus dem gemeinsamen Spiegelbilde diejenige Rechtswirkung herauszufinden, welche zu ihrem gemeinsamen

lässt. Aus dem Grunde schliesst man auf den Inhalt des Zweckes, aus dem Zwecke einer Erklärung auf deren Sinn. Über Zweck und Absicht vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 117 ff. Ebenso wie die voluntas contrahentium kein in der Seele der Parteien schwebender, sondern ein aus der tatsächlichen Abrede zu entnehmender Gedanke ist, so ist auch die causa des Vertrags zu deuten als sein rechtserheblicher „Grund und Zweck“ im Sinne von Gedanken, welche äusserlich an der Abrede haften und von dort entnommen werden können. Er bezeichnet nämlich die Voraussetzungen, Erwartungen und Wünsche der Parteien, welche zufolge der gemeinsamen Abrede (nicht nach dem Sinne des einzelnen) bei der Festsetzung des Vertragsinhalts, d. i. des Gegenstandes, der Vorbedingungen und der Dauer der rechtlichen Vertragsfolge in Betracht gezogen werden sollen (causa civilis, non naturalis).

¹⁾ Vom Standpunkte des einzelnen allein lässt sich eine causa contractus nicht gewinnen; jeder Kontrahent hat seine eigenen Voraussetzungen und Erwartungen, und was für den einen Zweck ist (z. B. der Empfang der Ware oder des Preises), das ist für den anderen Mittel (die Leistung der Ware oder des Preises). Mit Recht spricht daher Karlowa, Rechtsgeschäft S. 161 ff., von einer Kausalberedung und von einem Gesamtwillen S. 173. Nur darf man nicht glauben, dass neben den beiden Vertragserklärungen noch eine besondere Kausalberedung steht, sondern die causa ist der aus diesen Erklärungen erkennbare Zweck. Die Abrede über die Kausa und der Vertragsschluss sind also Tatsachen, welche in der Regel räumlich und zeitlich zusammenfallen. Vgl. über den Begriff der causa die bei Kipp-Windscheid, Pandekten § 98 Anm. 1, § 318 Anm. 4, Genannten und Lotmar, Über causa im römischen Rechte, München 1875. Alle diese Schriften werden trotz ihres grossen Gedankenreichtums der ausserordentlichen Einfachheit ihres Gegenstandes nicht gerecht. Vgl. auch neuerdings Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes (Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts, Heft 6), Breslau 1901.

Zwecke führt, ihre gemeinsamen Erwartungen befriedigt und ihren gemeinsamen Voraussetzungen entspricht¹⁾.

Richtig ist also, dass nach Rechtsvorschrift unter den verschiedenen Gründen und Zwecken der formlosen Abrede²⁾ eine einzige als die unentbehrliche causa, d. h. als der für den Rechtsschutz der Abrede unentbehrliche³⁾ Zweck hervorgehoben wird, nämlich die Abrede über das Entgelt der übernommenen Leistung d. h. darüber, ob sie umsonst, als Schenkung oder aus Gefälligkeit⁴⁾, oder gegen ein Entgelt geschehen, ferner ob im letzteren Falle dieses Entgelt in einer Schuldbefreiung oder in einer Leistung bestehen, und endlich, ob dieses Entgelt aus dem Vermögen des Vertragsgenossen oder von einem Dritten herkommen soll⁵⁾. Der Richter verlangt also nicht die vollen

¹⁾ Das hier Vorgetragene berührt sich vielfach mit Windscheids bekannter Lehre von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850; Lehrbuch des Pandektenrechts §§ 97—100, vgl. namentlich § 98 am Anfange, auch Baron, Pandekten 4. Aufl. § 60, und Kohler, Lehrb. des bürgerl. Rechts Bd. I § 251.

²⁾ Der Ausdruck Schuldgrund statt Vertragsgrund (so z. B. Regelsberger, Handb. II S. 482 ff.) ist nicht quellenmässig; denn auch die stipulatio selbst gehört zu dem Schuldgrunde, und doch wird sie von ihrer causa unterschieden.

³⁾ Windscheid-Kipp nimmt neben der erwähnten Voraussetzung unter dem Namen causa (Pandekten II § 318 Anm. 5) noch einen zweiten Begriff, den „juristischen Rechtfertigungsgrund“ an, d. i. einen Umstand, dessen Mangel die Vertragswirkungen als „materiell ungerecht“ erscheinen lässt. Der Begriff des materiellen Unrechtes kann aber, wenn man ihn in seine logischen Elemente auflöst, nur zu dem im Texte Entwickelten hinführen. Richtig ist jedenfalls, dass der von der Partei und der von der Rechtsordnung begehrte Geschäftszweck zu sondern sind.

⁴⁾ So bei depositum, commodatum, pignus und bei dem unverzinslichen mutuum, endlich auch oftmals bei den Interzessionen.

⁵⁾ Mit diesen Formen erschöpfen sich die Verträge, welche pekuniäre Wirkungen haben. Die pekuniär-indifferenten Akte des jussus, der eintreibenden und der auflösenden Kündigung (vgl. über diesen Unterschied des Verfassers Ausführungen in den dogm. Jahrb. Bd. 17 S. 469 ff.), endlich des consensus als Erlaubniserklärung werden in den Quellen weder pacta noch contracta genannt. — Wenn man die rei causa vielfach die „erste Absicht“ oder den „ersten Zweck des Geschäfts“ nennt (vgl. Kipp-Windscheid, Pandekten § 98; Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts § 93), so wird man in Verlegenheit kommen, sobald man sie hiernach im einzelnen Falle richtig bestimmen will, da ein Geschäft mehrere Erfolge nebeneinander bezwecken

Parteiverhandlungen zu hören; nur was über das Entgelt festgesetzt wurde, muss er bei den nicht abstrakten formlosen Geschäften wissen¹⁾. Es ist dies das Mindestmass der Aufklärung, welches die Rechtsordnung verlangt. Nach römischem Recht tat sie es, weil man sonst nicht wissen konnte, ob das Geschäft zu den rechtlich anerkannten Typen gehöre. Heutzutage herrscht freilich Freiheit des Vertragsinhaltes (§ 305 BGB.)²⁾. Aber auch heutzutage muss bei den genannten Verträgen der Richter über das Entgelt der Vertragsfolge aufgeklärt werden. Sonst kann er die Ernstlichkeit des Wunsches der angeordneten Rechtsfolge nicht feststellen.

Was sonst noch verhandelt wird, ist alles für die Parteien ebenfalls hochwichtig, nicht aber für die Rechtsordnung. Es sind Nebenbestimmungen, deren Aufklärung vom Richter nicht verlangt wird. Er beachtet sie nur, wenn die Partei sie noch besonders behauptet. Aus ihnen entnimmt er die Bedingungen und die Vorbehalte von Rückforderungs- und Bereicherungsansprüchen³⁾.

Es war im gemeinen Rechte streitig, ob man aus einem Versprechen, das nicht in stilistischer Form seine abstrakte Natur zeigte, auch dann klagen konnte, wenn verabredet war, dass der

kann (Lotmar, *causa* S. 52 ff.), und selbst dann, wenn es mehrere Erfolge hintereinander bezweckt, der zeitlich erste durchaus nicht immer die materielle *causa* ist, so dass also mit dem Worte „erste“ *causa* an zeitliche Priorität nicht gedacht sein kann. Wenn z. B. zwei Kaufleute in der erklärten beiderseitigen Absicht, sich geschäftlich einander zu nähern, einen Vertrag abschliessen, so ist die Annäherung ein zeitliches *prius*, die Vertragswirkung ein *posterius*; die materielle *causa* liegt aber nicht in der Annäherung, sondern in der Antwort auf die Äquivalentfrage, sie ist die *causa emptionis venditionis*. Man lässt daher die Vorstellung des „ersten“ hier besser fallen, da sie zur Aufklärung der Sache nicht geeignet ist. Man könnte allenfalls darunter „die nach Rechtssatz zunächst zu beachtende“ *causa* verstehen oder die Königin unter den verschiedenen Absichten vom Standpunkte der Rechtsordnung.

¹⁾ Vgl. hierzu Kindel, *Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund* 1892, und Klingmüller, *Der Begriff des Rechtsgrundes*, Breslau 1901.

²⁾ Über die Entwicklung dieses Grundsatzes vgl. L. Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge* 1881.

³⁾ Vgl. des Verfassers Artikel: *causa* in Pauly-Wissowa, *Realenzyklopädie der klass. Altertumswissenschaft*.

Gläubiger Zweck und Grund der Abrede und namentlich die Äquivalentfrage zur Geltendmachung seiner Forderung nicht sollte aufzuklären brauchen. Man nennt eine solche Abrede einen stilistisch formlosen abstrakten Vertrag¹⁾. Ihre Wirkung ist eine Änderung der Auslegungsregeln, die zum Schutze gegen grundlose und nicht ernstlich gewollte Ansprüche aufgestellt sind, und sie kann daher nur da gelten, wo das Gesetz es befiehlt. Die Zulassung solcher Verträge hielt der Verfasser in der ersten Auflage für höchst gefährlich²⁾ und durch kein Bedürfnis erfordert³⁾. Im späteren römischen Rechte sind sie nicht anerkannt⁴⁾ (s. d. folgende Seite).

¹⁾ Vgl. hierüber die bahnbrechende Schrift von Bähr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund* 2. Aufl., Cassel und Göttingen 1867; ferner die bei Kipp-Windscheid, *Pandekten* II § 318 Anm. 4, zitierte Literatur, endlich neuerdings Regelsberger in *Endemanns Handbuch* II § 251 S. 482. Der grosse juristische Wert dieser Schriften soll durch die Anfechtung ihrer Tendenz nicht verkleinert werden.

²⁾ Vgl. Hesse, *Dogm. Jahrb.* Bd. 15 S. 78 Anm. 1, *Arch. f. d. ziv. Praxis*, Bd. 57 S. 185. Das Wuchergesetz wird dadurch leicht illusorisch. Der Wucherer lässt über den Zins einem Menschen, der dem Benachteiligten unbekannt ist, ohne Zeugen den abstrakten Schuldschein ausstellen. Nachher tritt der „redliche“ Dritte, gepanzert mit der Präsuntion der *bona fides*, auf und zieht dem Opfer die Schlinge um den Hals, welche die Theorie für ihn, ohne es zu wollen, erfunden hat. — Wer zehnmal an seinen Gläubiger schreibt, er bekenne ihm 100 Mark schuldig zu sein, bitte aber um Stundung, mag nachher, wenn er zehnmal verklagt wird, nachweisen, dass diese „abstrakten Versprechen“ — denn dafür wird man sie doch halten müssen, da sie alle Erfordernisse eines abstrakten Schuldscheins haben — der Ausdruck eines einzigen sind. Sollte etwa das Stundungsgesuch an der abstrakten Natur des Geschäftes irre machen, so kann der Gläubiger es ja, wenn es vor dem Schuldbekennnisse steht, wegschneiden. Wie leicht wird der abstrakte Schuldschein an den einen, die zugrundeliegende Forderung an den anderen zediert werden? Man hat in der Tat die schlimmen Folgen der Wechselfreiheit ausgedehnt, als man dem Wechsel dieses Seitenstück gab. Darin, dass diese Folgen ja doch vom Wechsel untrennbar sind, liegt andererseits eine Entschuldigung dafür, dass man sich nicht scheute, ihm dies Seitenstück zu geben.

³⁾ Regelsberger, *Handbuch* Bd. II S. 485, macht freilich geltend, dass blosser Redensarten im Schuldscheine, wie „Wert empfangen“ u. dgl., die in der Praxis vielfach als zu dem Nachweise der *causa* genügen, völlig wertlos sind. Daraus folgt aber nur, dass diese laxen Praxis dem Sinne des Gesetzes zuwiderhandelt und dass man eine genauere Aufklärung der

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sie aber trotzdem zugelassen. Dies wurde nur dadurch möglich, dass es bestimmte Kennzeichen aufstellte, nach denen man dies Geschäft von den formlosen causalen Geschäften unterscheiden kann, da eine ausdrückliche Abrede, dass ein Geschäft als abstraktes anzusehen sei, so gut wie niemals vorkommt. Diese Surrogate einer stilistischen Form des Abstrahierungswillens sind 1) Schrifturkunden, welche die Entgeltfrage nicht erwähnen¹⁾, und 2) die Vornahme des Geschäfts bei einer Abrechnung oder einem Vergleiche²⁾.

Eine andere Frage ist es, ob jedes Geschäft, wenn die Äquivalentfrage beantwortet ist, ohne weiteres gilt, oder nur dann, wenn die Rechtsordnung es billigt³⁾.

Neuerdings neigt man zu dem Grundsatz der richterlichen Äquivalentfrage verlangen muss. Wer freilich die falsche Tatsache eines bestimmten Darlehempfanges einräumt, der muss dies als aussergerichtliches Zugeständnis (nicht als Versprechen) gelten lassen, c. 13 Cod. de non num. pec. 4, 30. Der Gegenbeweis wird ihm jedoch bei der herrschenden freien Beweis-theorie nicht allzu schwer sein.

⁴⁾ arg. die (vielleicht interpolirte) l. 25 § 4 Dig. de probatione 22, 3. A. M. Windscheid-Kipp, Pandekten § 318 Anm. 4; Bähr, Anerkennung § 22. Vgl. auch c. 2 Cod. de non num. pr. 4, 30. So die erste Auflage. Inzwischen bin ich zu der Überzeugung gelangt, dass die Frage der Klagbarkeit der formlosen abstrakten Verträge nicht nach l. 25 § 4 cit. für das gemeine Recht entschieden werden konnte, weil diese Stelle mit veralteten römischen Prozessformen zusammenhängt. Überhaupt scheint mir der siegreiche Kampf, den Bähr mit seiner „Anerkennung als Verpflichtungsgrund“ geführt hat, sich weniger gegen das römische Recht gekehrt zu haben, als gegen eine zu schroffe Handhabung nachrömischer Grundsätze über Begründung der Klage und über Handhabung der Beweislast. Aus diesem Gesichtswinkel ist die Tragweite des § 780, 2 BGB. zu beurteilen. Näheres gehört nicht hierher.

¹⁾ Die durch andere Gesetze vorgeschriebene Form soll der schriftlichen gleichstehen, § 780 BGB. M. E. ist auch nicht ausgeschlossen, dass ein schriftlicher Kausalvertrag durch eine ausdrückliche Abstraktionsklausel zum abstrakten Schuldversprechen werden kann, vgl. z. B. folgende Abrede: „Das in vorstehendem Kaufvertrage enthaltene Versprechen der Kaufgelder soll als Versprechen im Sinne des § 780 BGB. gelten“.

²⁾ Bei derartigen Verhandlungen wird also für jedes Versprechen oder Anerkenntnis eine Abstraktionsklausel kraft Gesetzes subintelligiert.

³⁾ Das BGB. hat diese Frage nunmehr im Sinn der Freiheit des Vertragsinhalts entschieden (§ 305 BGB.).

Souveränität in der Bestimmung der Vertragszwecke, welche klagbar sein sollen¹⁾.

Es handelt sich aber bei der Ungültigkeit von Geschäften wegen ihres Inhalts nur um Ausnahmen, namentlich um Verstöße gegen die guten Sitten²⁾.

Mit der Lehre von den Vorbedingungen gültiger Verträge hängt auch die Frage zusammen, ob der rechtsverbindliche Vertrag ein Rechtsgeschäft ist. Mit Unrecht hat man dem Begriffe des Rechtsgeschäftes die Quellenmässigkeit bestritten³⁾. Die Lehre von der negotiorum gestio beruht freilich auf einem weiteren Begriffe. Ein negotium ist jede Handlung mit der Absicht der Vermehrung, der Erhaltung⁴⁾ oder der dem Beteiligten zweckmässigen Aufopferung von Sachen oder Rechten⁵⁾. Diese können dem Handelnden oder einem andern gehören. Mit einem Worte: „Ein negotium ist jeder Akt einer Vermögensverwaltung“.

Wenn nun aber bestimmt ist⁶⁾, dass die furiosi und infantes nullum negotium gerere können, so ist klar, dass das Recht

¹⁾ Schlossmann, Der Vertrag S. 193 ff. Vgl. auch Kohler Bd. XVIII S. 155: „Das moderne Recht sagt: Ich werde einem jeden Versprechen bezüglich der Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges eine bestimmte rechtliche Kraft zuschreiben, sofern nicht bestimmte Gründe der Sittlichkeit, der sozialen Ordnung, der individuellen Freiheit usw. im Wege stehen“.

²⁾ Dies sind tatsächliche Gebräuche, nicht blosse Sittlichkeitsgebote. Vgl. des Verf. allg. Teil, Berlin 1900 S. 372 ff. A. M. namentlich Kohler, Lehrb. des bürgerl. Rechts Bd. 2 S. 93 ff., und viele andere. Vgl. Hein, Die Verleitung zum Vertragsbruch (Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts, Heft 18), Breslau 1906 S. 70 ff. Näheres hierüber an anderem Orte.

³⁾ Pernice, Labeo I S. 403 ff.; Schlossmann, Lehre vom Zwange S. 11, Vertrag S. 133; Bruns, Pandektenfragmente, kleinere Schriften Bd. II S. 453.

⁴⁾ Dahin gehört auch die Zahlung von Schulden, insoweit sie die Exekution abwendet; insoweit sie des Schuldners Gewissen beruhigt, ist sie eine zweckmässige Aufwendung.

⁵⁾ Hiernach zerfallen die negotia in mea und aliena. Aarons, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio 1860 S. 195; Windscheid-Kipp, Pandekten § 430 Anm. 1. Geschäfte eines anderen ohne meinen Auftrag sind natürlich erst von der Ratihabition ab mea, weil sie erst von da ab mein Vermögen berühren können.

⁶⁾ § 8 inst. de inutilibus stipul. 3, 19 § 10 eodem. Anwendungen in

ihnen Geschäfte wie das Füttern der Tiere und das Pflügen des Feldes nicht hat versagen wollen, weil es dies nicht konnte. Im Sinne der Lehre von der Handlungsunfähigkeit gibt es also einen engeren juristischen Begriff des negotium, ein negotium juris. Dies Rechtsgeschäft ist das rechtserhebliche Geschäft, d. h. ein solches, zu dem eine Rechtsnorm ermächtigt^{1) 2)}.

Natürlich gehört dazu auch der rechtserhebliche Vertrag.

b) Stillschweigende Bedingung und Beweggrund³⁾.

§ 13.

Schon oben wurde ausgeführt, dass bei den nicht abstrakten formlosen Verträgen nicht nur der Geschäftsinhalt, d. h. der unter Rechtsschutz gestellte Erfolg, sondern auch die Geschäfts-

l. 1 § 3 dig. de acquir. vel. am. poss. 41, 2. l. 32 § 2 eod. Eine Ausnahme in est. 3 Cod. de poss. 7, 32.

¹⁾ Dieses Begriffsmerkmal ist namentlich von Brinz, Pandekten 1. Anfl. S. 1388, hervorgehoben worden.

²⁾ Das ist auch bei Okkupationen, Dereliktionen und Spezifikationen der Fall. Vgl. aber auch des Verf. spätere Ausführungen in seinem allg. Teil des BGB. 1900 S. 250 ff. und zum Begriff des Rechtsgeschäfts Graf Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II S. 281 ff., 333. Ich will an dem geschossenen Hasen nicht minder Recht erwerben, als an dem gekauften. So Lenel, Dogm. Jahrb. Bd. 19 S. 164 ff., gegen Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 313 ff. Vgl. auch Bruns, Pandektenfragmente S. 454; Brinz, Pandekten 2. Aufl. S. 571. A. M. Windscheid-Kipp, Pandekten § 184 Anm. 9; Bruns, Pandektenfragmente S. 460. Darüber, wie sich das BGB. zu dieser Frage gestellt hat, besteht bekanntlich bereits eine recht umfangreiche Literatur. Vgl. namentlich Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften über Rechtsgeschäfte (Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts, Heft 5), Breslau 1901, der für jede einzelne Vorschrift untersucht, ob sie bloss auf rechtserhebliche Mitteilungen anzuwenden sind, oder auch auf mitteilungslose Willensakte, die kraft rechtlicher Ermächtigung wirken sollen. Ob man nun die kleinere oder die grössere Gruppe Rechtsgeschäfte nennt, oder beide, nämlich Rechtsgeschäfte im engern und im weitern Sinne, ist eine bloss terminologische Frage. Die von Manigk angestellte Untersuchung muss aber in jedem Falle bei jeder einzelnen Vorschrift des Abschn. 3 Buch I BGB. gemacht werden.

³⁾ Der gemeine Sprachgebrauch nennt auch den Geschäftsinhalt vielfach Geschäftsbedingungen. Der Jurist wird gut tun, beides zu unterscheiden. Das preuss. Landrecht (§ 120 I 5) tut es freilich nicht; vgl. auch Windscheid-Kipp, Pandekten § 86.

bedingungen, d. h. die Umstände, von deren Existenz der verabredete Rechtsschutz abhängen soll, nach den beiderseits für massgebend erklärten Geschäftszwecken, Voraussetzungen und Erwartungen der Kontrahenten bestimmt werden müssen¹⁾.

Gerade so wie der Geschäftsinhalt und namentlich die gewollte Rechtsfolge oft aus den gewählten Ausdrücken erst gefolgert werden muss, so sind auch die Bedingungen des Geschäftes vielfach tacitae, d. h. sie können nicht direkt aus den Worten der Abrede, sondern müssen anderswoher, d. h. durch eine Ergänzung des Gesagten aus dem allgemein Üblichen entnommen werden²⁾. Dies stimmt mit dem oben entwickelten Begriffe der stillschweigenden Erklärung³⁾ durchaus überein.

Leider hat sich aber der Missbrauch eingeschlichen, diese stillschweigenden Bedingungen ohne weiteres mit den conditiones juris oder, wie die Quellen sie nennen⁴⁾, supervacuae zu identifizieren⁵⁾. Dieses ist darum unrichtig, weil zwar alle conditiones juris stillschweigende Bedingungen sind, nicht aber umgekehrt alle stillschweigenden Bedingungen conditiones juris, vielmehr gibt es conditiones tacitae, welche durchaus nicht selbstverständlich oder überflüssig sind, sondern auf einer besonderen, wenn auch stillschweigenden Festsetzung beruhen⁶⁾. So ist

¹⁾ Vgl. des Verfassers Selbstanzeige in den Göttinger Gelehrten Anzeigen 1883 S. 176 ff. und seinen Artikel condicio in Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie des klass. Altertums, seinen allg. Teil des BGB. S. 418 ff. und seinen Aufsatz in der DJZ. 1905 S. 20 ff.

²⁾ extrinsecus veniunt l. 99 dig. de cond. et demonst. 35, 1. l. 1 § 3 dig. eodem. l. 25 § 1 dig. quando dies 36, 2.

³⁾ l. 21 dig. de iure dotium 23, 3. l. 68 dig. eodem. l. 65 § 1 dig. de leg. I. XXX aliud est enim juris, si quid tacite contineatur, aliud si verbis exprimatur.

⁴⁾ l. 22 § 1 dig. quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat 36, 2. „frustra adduntur“ l. 12 dig. de cond. instit. 28, 7.

⁵⁾ So scheint Windscheid-Kipp, Pandekten § 87 Anm. 8, indem er die Frage erörtert, ob jede conditio tacita zur „eigentlichen“ Bedingung gemacht werden könne, annehmen zu wollen, dass es Bedingungen, welche ohne weiteres eigentliche und zugleich stillschweigend gesetzte sind, nicht gibt.

⁶⁾ Man übersehe übrigens nicht, dass die conditiones juris oder supervacuae wieder in zwei Arten zerfallen: die unvermeidlichen, welche nicht durch Abrede ausgeschlossen werden können, z. B. die Bedingung: si heres adierit, bei den Vermächtnissen (l. 107 dig. de cond. et dem 35, 1. l. 22 § 1

z. B. die stillschweigende Bedingung der Eheschliessung bei einem Versprechen, welches *dotis causa* geschieht, durchaus keine *supervacua*. Wird eine Stipulation ohne Zusatz abgeschlossen, so ist diese Bedingung nicht *tacite* in ihr enthalten. Nur, wenn noch nebenbei die Abrede getroffen wird, dass das Versprochene als *dos* dienen solle, sieht man in dieser Abrede die stillschweigende Einschlebung der Bedingung, dass zunächst die Ehe geschlossen werden soll¹⁾. Ebenso, wie nun die Bedingung der Eheschliessung als eine stillschweigende aus den Erwartungen gefolgert werden muss, die in die Vertragsnorm aufgenommen sind, weil sonst diese gemeinsamen Erwartungen enttäuscht werden würden, so müssen auch sonst aus Erwartungen oder Voraussetzungen, die beiderseits als massgebend anerkannt werden, stillschweigende Bedingungen folgen, wenn ihnen nur dadurch genügt werden kann. Aus der beiderseits anerkannten Voraussetzung, dass ein bestimmter Gegenstand, welcher sich äusserlich wie ein Klavier darstellt und vom Käufer im Hinblick auf seine äussere Beschaffenheit und im Vertrauen auf die Güte der Fabrik als solches ausgesucht worden ist²⁾, auch wirklich Töne von sich geben werde, folgt daher die stillschweigende *conditio* des Kaufes, dass diese beiderseitige Erwartung sich erfüllen werde³⁾. Das gleiche gilt von allen

dig. quando dies legatorum 36, 2. 1. 19 § 1 de cond. 35, 1) und zweitens die vermeidlichen, d. h. solche, von denen verabredet werden kann, dass sie ausnahmsweise nicht gelten sollen, z. B. die gesetzliche Bedingung für die Pflicht zur Zahlung des Mietzinses, dass seitens des Vermieters vorgeleistet sein muss. 1. 60 pr. dig. locati conducti 19, 2.

¹⁾ 1. 21, 68 dig. de jure dotium 23, 3 cum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat. Gleiches gilt von der Zufügung einer bedingten *ademptio legati*, welche auch die *datio* bedingt macht. 1. 107 de cond. 35, 1.

²⁾ Wäre das Klavier nur der Gattung nach gekauft, so würde, da ein nicht tönendes sog. Klavier überhaupt kein Klavier ist, bei der Lieferung eines solchen nicht bloss eine Eigenschaft des Geschäftsgegenstandes, sondern dieser selbst fehlen. Man muss also bei der Lehre vom Irrtume in den Eigenschaften die Verträge über ein *genus* von denjenigen über eine *species* genau unterscheiden.

³⁾ Unmögliche Bedingungen heissen uneigentliche, wenn sie keinen Schwebezustand nach sich ziehen, arg. 1. 100, 120 de verb. obl. 45, 1. 1. 37 bis 39 de rebus creditis 12, 1. 1. 16 dig. de injusto test. 28, 3. 1. 10 § 1

durch beide Parteien ausdrücklich oder stillschweigend als unerlässliche Geschäftsbedingung vorausgesetzten Eigenschaften. Diese Folgerungen rechtfertigen sich daraus, dass alle Be-

de cond. instit. 28, 7. Ihre Einfügung in das Geschäft ist aber von grosser praktischer Bedeutung; denn sie soll die Geschäftswirkung ausschliessen, wenn die Bedingung unmöglich ist. arg. 1. 16 cit. 28, 3; vgl. auch 1. 38 § 1 dig. 41, 2. Durch diese praktische Bedeutsamkeit unterscheiden sie sich von der als unmöglich bekannten Bedingung, bei welcher die Vertragsabsicht, sowie von der *conditio juris* und von der als notwendig bekannten Bedingung, bei welcher die Bedingungsabsicht fehlt. Man verwechsle also nicht das Uneigentliche mit dem praktisch Gleichgültigen, auch das Uneigentliche hat praktische Bedeutung. Bei Geschäften, die sogleich ausgeführt werden sollen, also ein Schwebezustand unerwünscht ist, sind allerdings derartige *conditiones in praesens relatae* nicht anzunehmen (anders die erste Aufl.). Will man hier einem gegenwärtigen Umstande entscheidende Bedeutung geben, so muss man seine vorherige Aufklärung zur aufschiebenden Bedingung machen. — Es ist übrigens eine auffallende Erscheinung, dass man die in den Quellen wohlbezeugten *conditiones in praesens relatae* nicht als solche anerkennen will. Es heisst von ihnen nur, dass sie *conditionem* (d. h. hier einen Schwebezustand) *non faciunt* oder *potestatem conditionis non obtinent*, freilich auch, dass sie *nullae* sind (1. 10 § 1 dig. de cond. instit. 28, 7). Doch soll unten erwiesen werden, dass *nullus* bei Geschäften oft nicht so viel wie nicht existierend, sondern nur so viel wie nichtig oder *inanis* heisst, d. h. zwar physisch existierend, aber nicht „für das Recht als solches existierend“, ohne diejenige rechtliche Kraft, welche denselben Namen trägt wie der nichtige Geschäftsakt. Nichtige Akte sind also nicht notwendigerweise ganz unwirksam, sondern nur ohne die der Regel nach ihrem Namen oder ihrem Inhalte zukommende Wirkung. *Conditiones nullae* sind hiernach Bedingungen ohne die Rechtswirkung, welche man gleichfalls *conditio* nennt, d. i. ohne Schwebezustand, also ohne eine in die Zukunft hineingreifende Kraft. Wären diese nichtigen Bedingungen keine Bedingungen, so würden sie den letzteren Namen überhaupt nicht haben. Indem man dies übersah und nicht bedachte, dass unsere *conditiones* nicht so heissen würden, wenn sie keine Bedingungen wären, tat man geradezu den Parteiintentionen Zwang an. So scheute man sich z. B., den Artikel 322 des alten HGB. (jetzt § 150 BGB.) auf sie anzuwenden; vgl. hierüber Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts I § 86 Anm. 13. Um die Anerkennung dieses von einem lebendigen Verkehrsbedürfnisse erforderten Institutes, dessen Geltung aus Doktrinarismus ohne jeden vernünftigen Zweck angezweifelt wird, hat sich namentlich Fitting (Arch. f. ziv. Praxis Bd. 39 S. 320 ff.) verdient gemacht. Nur hätte er die den Quellen angepasste Terminologie der „uneigentlichen“ Bedingungen hier unangetastet lassen sollen. Man könnte diese Bedingungen übrigens im Gegensatz zu den Suspensiv- und den Resolutivbedingungen: Exklusivbedingungen nennen, weil sie die Kraft des Geschäfts, dem sie eingefügt sind, ausschliessen.

dingungen gegenwärtiger und vergangener Umstände so wie alle Suspensivbedingungen den Zweck haben, Enttäuschungen zu verhüten, welche das Geschäft nach sich ziehen müsste, wenn es den Bedingungsatz nicht in sich enthielte (vgl. jetzt § 158 BGB.). Etwas Gleiches gilt von den Resolutivbedingungen, welche, mag man sie auffassen, wie man will, jedenfalls den Wegfall der ursprünglichen Geschäftswirkung anordnen¹⁾. Hier- nach beantwortet sich die wichtige Frage:

Woran erkennt man im einzelnen Falle, ob ein Umstand, z. B. das Vorhandensein einer Eigenschaft, von welchem bei der Abrede gesprochen wurde, in diese Abrede so aufgenommen worden ist, dass er für deren Inhalt und Bedingungen massgebend sein soll?

Die Form der Bedingung kann bei formlosen Verträgen nicht entscheiden²⁾. Das Wort „wenn“ kann aus Versehen mit „weil“ verwechselt oder ganz vermieden sein³⁾.

Verhängnisvoll wirkte in dieser Lehre der Satz, dass „blosse Beweggründe“ unerheblich sind⁴⁾. Er unterscheidet „blosse“ und „nicht blosse“ Beweggründe. Diese Formel ist eben so unschädlich wie inhaltslos. Solange man nicht ein Kennzeichen der „blossen“ Beweggründe besitzt, ist der „blosse“ Beweggrund ein blosses Wort⁵⁾.

¹⁾ Windscheid-Kipp, Pand. § 86 Anm. 6. Vgl. über diese Frage jetzt des Verf. Allg. Teil des BGB., Berlin 1900 S. 396 ff.

²⁾ A. M. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 597.

³⁾ Z. B.: „Bei dem Tode meines kranken Sohnes soll meine Bibliothek meinem Freunde vermacht sein“.

⁴⁾ „Bloss“ heisst soviel wie „unerheblich“. Dadurch kommt man zu einer Tautologie. Vgl. statt vieler Ihering, Dogm. Jahrb. Bd. I S. 321. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 157 ff., S. 414 ff., zieht aus seinen Prämissen die Konsequenz, dass alle Beweggründe ausnahmslos unerheblich sind. Er erkennt freilich daneben das Institut der Voraussetzung an, Bedingungen aber nur, wenn sie in der „Form“ der Bedingung anerkannt sind (a. a. O. S. 597), also nicht die *conditiones tacitae*. Die vielfachen Meinungs- äusserungen, die durch den nachfolgenden Kampf gegen die Lehre von der Unerheblichkeit der Beweggründe hervorgerufen worden sind, können ihrer grossen Zahl wegen eine besondere Berücksichtigung an dieser Stelle nicht finden. Vgl. statt vieler Graf Piniński, Der Tatbestand des Sachbesitz- erwerbes S. 480, 483 Anm. 1.

⁵⁾ Vgl. den ersten Entw. des BGB. § 102. Dies ist glücklicherweise gestrichen worden. Natürlich ist nichts von rechtlicher Bedeutung, was nicht

Um das Kennzeichen, das dieser Redensart zugrunde liegt, zu finden, wollen wir zunächst die letztwilligen Verfügungen betrachten. Man dürfte jetzt darüber einig sein, dass bei diesen der Mangel von Beweggründen für die Gültigkeit des Geschäftes bedeutungsvoll sein kann¹⁾. Man würde jedoch auch hier sich

ein Rechtssatz dafür erklärt. Das gilt von den Beweggründen, wie von allen andern Tatsachen. Nichtssagend und unbestimmt ist die Theorie Hesses, Archiv für zivil. Praxis Bd. 57 S. 184. Überhaupt macht es wenig aus, ob man mit Hesse die Erheblichkeit des Irrtums in den Beweggründen als Regel oder ob man sie mit der herrschenden Lehre als Ausnahme hin- stellt, solange nicht genau angegeben wird, wonach man im einzelnen Falle entscheiden kann, ob die Regel oder die Ausnahme vorliegt. Vgl. zu dieser Lehre überhaupt Brinz, Pand. 1. Aufl. § 318 S. 1410; Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts I § 93. Auch der Unterschied zwischen Voraus- setzung und Beweggrund lässt sich nicht halten (vgl. Windscheid-Kipp § 78 Anm. 3), sofern man nicht mit Windscheid unter einer Voraussetzung nicht diese selbst, sondern die aus ihr folgende Geschäftsbestimmung versteht.

¹⁾ arg. c. 5 Cod. de test. 6, 23; c. 4, 7 Cod. de her. inst. 6, 24; c. 10 Cod. de leg. 6, 37; l. 28 dig. de inoff. test. 5, 2; l. 93 (92) dig. de her. inst. 28, 5; Windscheid-Kipp, Pandekten § 98 Anm. 6 (BGB. § 2078, 2). Nach vorjustini- anischem Rechte galt bei dem Legatenformalismus (sicherlich nicht bei Fideikom- missen) eine Gleichstellung der *falsa causa*, welche nicht als Bedingung formuliert war, mit der *falsa demonstratio*, also die volle Unerheblichkeit des nicht zur Be- dingung gemachten Beweggrundes, wie sie Zitelmann S. 500, 522 allgemein ver- ficht. Dieser altzivilische Satz, dass ein Beweggrund, um bedeutsam zu sein, in einen Bedingungssatz eingekleidet sein müsse, *quia ratio legandi legato non cohaeret*, ist von Justinian zwar in l. 17 § 2, 3 dig. de cond. 35, 1 und in § 31 inst. de leg. 2, 20 rezipiert worden, es ist aber durch die gleichzeitige Aufnahme der l. 72 § 6 dig. de cond. 35, 1 mitgeteilt, dass der Satz durch das prätorische Recht stark eingeschränkt war, indem nach diesem Rechte zwar nicht alle Beweggründe, aber doch diejenigen, bei denen feststand, *alias legaturum non fuisse*, Bedingungen der Gültigkeit des Geschäftes waren; daher denn Ulpianus selber, abweichend von *fragmenta XXIV § 19*, in der l. 75 § 2 dig. de leg. I, XXX die *falsa causa* mit der *falsa condicio* ver- gleicht und der *falsa demonstratio* entgegenstellt, offenbar hier vom Stand- punkte des wirklich geltenden prätorischen Rechtes, während er in den frag- menta vom theoretischen Zivilrechtsstandpunkte aus argumentierte. Wenn in unserem Corpus juris jener Gegensatz zwischen Zivilrecht und prätorischem Rechte unausgeglichen mitgeteilt wird, obwohl er durch die Verschmelzung der Legate mit den Fideikommissen weggefallen war, so erklärt sich dies daher, dass nach § 3 inst. de legatis 2, 20 von dem Grundsätze, Veraltetes wegzulassen, bekanntlich für die Legatenlehre eine Ausnahme gemacht worden ist, weil die hastigen Kompilatoren meinten, es sei „*operae pretium*“, die

irren, wenn man den Irrtum in allen geistigen Vorstellungen, welche den Geschäftsschluss hervorgerufen haben, für wichtig halten wollte. Selbstverständlich ist zunächst, dass die Richtigkeit einer Vorstellung, welche das Geschäft nur veranlasste, aber nicht seinen Abschluss bestimmte, für seinen Bestand nicht von Einfluss sein kann¹⁾. Dasselbe gilt, wenn der erzeugte Erfolg von dem eigentlich erwünschten Erfolge nur in einem dem Erklärenden gleichgültigen Punkte abweicht²⁾, ferner dann, wenn neben der irrigen bestimmenden Voraussetzung noch andere bewegende Vorstellungen vorlagen, welche auch, falls jene Voraussetzung gefehlt hätte, doch für sich allein die Erklärung hervorgerufen haben würden³⁾.

Sollte endlich⁴⁾ ein offenbarer Missgriff in der Willensäußerung vorliegen, z. B. eine Personenverwechslung, dabei aber feststehen, dass die irrende Partei trotzdem es lieber sehen würde, dass das verfehlte Geschäft gilt, als dass es wegfällt, so darf man m. E. den falschen Beweggrund nicht beachten. So z. B. wenn jemand seinen gesetzlichen Erben aus Todfeindschaft unbedingt ausschliessen und deshalb einen Freund einsetzen will, diesen Freund aber aus Versehen mit einer

schwierigen Konsequenzen aus der Verschmelzung der beiden Vermächtnisarten nicht selbst zu ziehen, sondern der Praxis und Wissenschaft zur Feststellung zu überlassen. So ausdrücklich § 3 cit.

¹⁾ So, wenn ich irrigerweise glaube, einen Freund von Ferne zu sehen, und dies mir den Anstoss gibt, seiner in meinem Testamente zu gedenken. Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten § 98 Anm. 6. Das ist ein Irrtum, aber keine Abirrung, d. h. kein Fehlgriff. Vgl. oben S. 147.

²⁾ So z. B. wenn jemand 2 Bilder, von welchen er je eines einem jeden seiner beiden Freunde vermachen will, durch das Los an sie verteilt und sich über die Entscheidung des Loses irrt, also jedem dasjenige Bild gibt, welches der Schicksalsspruch ihm nicht bestimmt hatte.

³⁾ So, wenn ein Vater glaubt, ein Schwimmer habe seine drei dem Ertrinken nahen Söhne aus dem Wasser herausgeholt und ihm deshalb durch Vermächtnis eine Schuld erlässt, es sich nachher aber herausstellt, dass der so Bedachte nur zwei Söhne gerettet hatte, der dritte aber selbst an das Land geschwommen war. Das im Texte Ausgeführte ist nur eine Umschreibung des *alias legaturum non fuisse* der l. 72 § 6 de cond. 35, 1, des *non institutus* der c. 4 Cod. de hered. instit. 6, 24 (vgl. auch das *legaturus* in der c. 10 Cod. de legatis 6, 37) und des *aliter non daturus* l. 2 § 7 de don. 39, 5.

⁴⁾ Das Folgende fehlt in der ersten Auflage.

gleichgültigen Person verwechselt. Hier würde eine Entkräftung der Verfügung ein Danaergeschenk für den Testator sein, dessen Wünschen man ja doch dienen will, wenn man auf seine Beweggründe sieht¹⁾.

Solche Beweggründe, welche hiernach selbst bei einseitigen Verfügungen gleichgültig sind, können auch bei Verträgen nicht in Betracht kommen. Bei diesen sind aber sicher keineswegs alle übrigen Beweggründe erheblich, sondern in der Regel nur erkennbar gewordene. Allein selbst dies genügt nicht: sie müssen noch ausserdem von beiden Vertragsparteien als wichtig anerkannt sein, oder es muss wenigstens der eine dem andern in erkennbarer Weise zugemutet haben, das Geschäft von der Richtigkeit des Beweggrundes abhängig zu machen.

Betrachten wir zunächst die obligatorischen Verträge. Hier werden wir vor allem behaupten müssen, dass da, wo die Erwartung eines Umstandes nachweislich für beide Teile die unerlässliche Vorbedingung des Abschlusses oder des Inhaltes der Abrede war, das Geschäft, falls das Erwartete nicht zutrifft, durch Defizienz einer eigentlichen *conditio* hinfällig wird²⁾³⁾. Das letztere ist z. B. dann der Fall, wenn ein

¹⁾ Auf diesen Gedanken brachte den Verf. ein Gutachten der Breslauer Juristenfakultät im Jahre 1896. Näher ausgeführt ist er in der Diss. von Neumann, Der Einfluss des Irrtums im Beweggrund auf Erbeseinsetzung und Vermächtnis, Breslau 1898. Dieser Gedanke widerspricht freilich dem klaren Wortlaut der §§ 119, 1343, 2078 BGB. Ob die Praxis den Mut haben wird, diese Vorschriften einschränkend auszulegen, ist somit fraglich. Vgl. auch des Verf. Anm. zu Ecks Vorträgen II Anm. 1 S. 378 und seinen Vortrag im Archiv für bürgerl. Recht X S. 1 ff.; auch Dernburg, Bürgl. Recht IV § 19 S. 59.

²⁾ Ein Pastor verkauft einem Lizentiaten seinen Ornat, weil beide glauben, dass durch eine Verfügung der erstere pensioniert und der zweite als sein Nachfolger ernannt worden ist. Hinterher stellt sich heraus, dass das Pensionsgesuch abgelehnt worden war. Der Vertrag verliert seine Gültigkeit. Die Aufklärung des Irrtums löst ihn auf.

³⁾ Infolge dieser Feststellung des Umfangs und Inhaltes der verabredeten Bedingungen aus dem vertragsmässig angestrebten Zwecke wird sich auch die Rückwirkungsfrage im einzelnen Falle leicht beantworten lassen. Wenn die Römer den durchaus richtigen Ausspruch taten, dass die Wirkungen eines Bedingungseintrittes nicht anders bemessen werden können, als indem man auf den ursprünglichen Vertragsschluss zurückblickt, so haben sie

Fenster für den Einzug des Königs am 15. September an der Feststrasse gemietet ist in der Erwartung, dass der Tag des Einzuges nicht verlegt werden wird¹⁾. Geschieht das letztere, so defiziert die Geschäftsbedingung²⁾. Dass der Umstand der Verlegung des Einzuges nicht nur für den Mieter, sondern auch für den Vermieter den Geschäftsinhalt berührt, ergibt sich daraus, dass auch er im Hinblick auf diesen Umstand seine Forderung bemessen hat, dass dieser Umstand also in erkennbarer Weise auch den Inhalt seiner Forderung bestimmte. Anders, wenn jemand irrigerweise glaubt, zum Offizier avanciert zu sein, und sich deshalb einen Degen kauft; hier wirkt seine Voraussetzung auf die Forderung des Mitkontrahenten nicht ein, dieser beachtet sie nicht und braucht nicht anzunehmen, dass ihm ihre Aufnahme in die *lex contractus* zugemutet ist; daher seine Zustimmung zu der Offerte von dem Irrtum unabhängig bleibt.

Noch eine zweite Regel wird sich aufstellen lassen: Über-

damit keineswegs sagen wollen, dass in jeder Hinsicht diese Wirkungen durch die Vorstellung eines früheren unbedingten Geschäftes abgemessen werden sollen. Nur in gewissen Beziehungen soll dies der Fall sein, arg. l. 11 § 1 dig. qui potior 20, 4; l. 78 pr. dig. de v. obl. 45, 1; l. 8 pr. dig. de periculo et commodo 18, 6. Vgl. weitere Zitate und Ausführungen bei Windscheid-Kipp, Pandekten § 91 Anm. 1. Über das heutige Recht vgl. des Verf. allg. Teil des BGB. S. 410 ff.

¹⁾ Ihering, Rechtsfälle Nr. 70. Es wurde „contemplatione“ des Einzuges gemietet; vgl. l. 58 dig. de contrah. emt. 18, 1.

²⁾ Bei verpflichtenden Geschäften, welche erst nach einem bedingenden Umstande realisiert werden sollen, ist es der richtigen Meinung nach völlig gleichgültig, ob man eine aufschiebende Bedingung für diesen Fall oder eine auflösende für den entgegengesetzten Fall annimmt. Im „allgemeinen Teile“ habe ich dafür den Ausdruck „Zwischenzeitsbedingung“ vorgeschlagen, S. 397. Andere Beispiele vgl. bei Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts I § 105 Anm. 3, Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 528 Nr. III, Savigny, System Bd. 3 S. 345, Hesse, Dogm. Jahrb. Bd. 15 S. 81, Bekker, KrVJSchr. Bd. III S. 193. Letzterer bezweifelt, dass die irriige Annahme eines gegenwärtigen Umstandes die Voraussicht des Erfolges beeinflusse. Allein die Annahme, dass jemand mein Wohltäter sei, ist für den Erfolg einer dadurch veranlassten Schenkung insofern von Einfluss, als die geschenkte Sache sich bei dem Empfänger als Zeichen der Dankbarkeit mit Recht befinden soll usw. Zweifelhafte Fälle vgl. in Dernburgs Lehrbuch des preuss. Privatrechts I § 109 Anm. 15.

all da, wo eine Voraussetzung oder Erwartung nur für den einen Kontrahenten zu dem Vertragsschlusse bestimmend war, muss doch der andere ihren Inhalt ausnahmsweise dann als Geschäftsbedingung anerkennen, wenn ihm dies erkennbar war und er sonst, ohne selbst Schaden zu leiden, dem anderen ein zweckloses Opfer zumuten würde¹⁾. Der Satz: *In emptionibus venditionibus licet invicem se circumscribere*²⁾ hat seine bestimmten Grenzen in dem allgemeinen Erfordernisse der redlichen Gesinnung³⁾.

Niemals genügt aber für die Erheblichkeit einer irrigen Vorstellung, dass der irrig vorgestellte Umstand der Beweggrund des einen Kontrahenten war. Nur wenn der Irrrende in erkennbarer Weise verlangte, dass für den Irrtumsfall sein Antrag nicht gelten solle, und wenn anzunehmen ist, dass der andere dies in die *lex contractus* mit aufnahm⁴⁾, folgt daraus eine stillschweigende Vertragsbedingung. Ging der andere nicht darauf ein, so ist der Vertragsantrag abgelehnt. Ist der einseitige Beweggrund bei der Vertragsredaktion übergangen, so ist er für die Vertragswirkung gleichgültig⁵⁾.

So erklärt sich wohl die l. 52, dig. de cond. indeb. 12, 6 (Pomponius):

Damus aut ob causum aut ob rem, ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniae non sit. Ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Die Stelle sagt nicht: „Ein Beweggrund ist unerheblich, wenn

¹⁾ So wenn jemand ein Abendessen und Tanzmusik zu einem bestimmten Tage bestellt und, ehe noch die Empfänger der Bestellung Auslagen gehabt haben, ein Todesfall in der Familie des Bestellers eintritt.

²⁾ l. 22 § 3 Dig. loc. cond. XIX 2. Ein Analogon unseres Sprichwortes: „In Geldsachen hört die Gemütlichkeit auf“.

³⁾ Ob und wieweit für einseitig belastende Verträge hier ein besonderes Recht anzunehmen ist, soll im zweiten Teile, § 21, näher untersucht werden. Die Ergebnisse der ersten Auflage werden einzuschränken sein.

⁴⁾ Vgl. das „contemplatione illarum arborum fundus comparatur“ in der l. 58 dig. de contrahenda emptione 18, 1. Vgl. auch l. 34 § 1 dig. de donat. 39, 5.

⁵⁾ Vgl. auch Brinz, Pandekten 1. Aufl. S. 1411.

er einen vergangenen Umstand¹⁾ betrifft“²⁾. Dies würde nur möglich sein, falls Pomponius weder die *condictio indebiti*, noch die Gesetze der lateinischen Sprache kannte³⁾. Überhaupt definiert der Jurist den allgemein bekannten Begriff des *ob causam datum* nicht, sondern nur eine besondere Unterart: das *ob causam praeteritam datum*. Dies bestimmt er als ein *dare* mit einer Voraussetzung und einem Zwecke. Die Voraussetzung ist, dass der Geber eine Leistung empfangen hat, der Zweck, dass seine Gabe auch dann dem Empfänger verbleiben soll (*ut repetitio non sit*), wenn die Voraussetzung falsch sein sollte⁴⁾. Wenn dies beides bestimmt ist, dann heisst die *causa praeterita*⁵⁾. Vielleicht deshalb, weil sie bei dem Vertragsabschlusse als „abgetan“, d. h. nicht mehr bedeutungsvoll angesehen wird, vielleicht auch deshalb, weil hier ähnlich, wie der in das Testament nicht aufgenommene *heres* ein *heres praeteritus* genannt wird, auch die in der *lex contractus* „übergangene“ *causa*, über die man hinweggegangen ist, eine *praeterita* heisst⁶⁾. Die erstere Deutung entspricht mehr der gewohnten Auffassungsart, die zweite mehr der Sachlage. Welcher man sich aber auch anschliesst, die Auslegung der Stelle kann

¹⁾ Es mag daran erinnert werden, dass man sowohl den äusseren Umstand (z. B. einen Darlehns Empfang), dessen Vorstellung zur Handlung (z. B. einer Zahlung) hintreibt, als auch diese Vorstellung selbst „Beweggrund“ nennt. Letztere geht der Handlung stets zeitlich voraus.

²⁾ Etwas Ähnliches scheint Bekker, *KrVJSchr.* Bd. 3 S. 194, annehmen zu wollen.

³⁾ Er hätte dann sagen müssen: *ob causam damus, si ob praeteritum damus*. Nicht aber: *ob causam praeteritam veluti cum ideo dō etc.*

⁴⁾ Das *ut* kann hier nur ein *ut finale* (damit), kein *ut consecutivum* (so dass) sein. Es würde nicht richtig sein, daraus, dass ich etwas in einer bestimmten Voraussetzung gegeben habe, zu folgern, dass ich es nicht zurückfordern kann. Höchstens hätte der Jurist sagen müssen, dass ich es trotzdem nicht zurückverlange, niemals aber, dass es deshalb geschieht. *Lotmar*, *KrVJSchr.* N. F. Bd. VI S. 428 ff., hat hiergegen Bedenken, die ich aber nicht für unüberwindlich halte; vielleicht ist übrigens der Text der Stelle verdorben.

⁵⁾ In gleichem Sinne ist auch *l. 3 § 7 dig. de cond. causa data 12, 4* zu verstehen.

⁶⁾ Die Begriffe des „Vergangenen“ und des „Übergangenen“ hängen überhaupt enge zusammen.

dadurch nicht beeinflusst werden¹⁾. Dieselbe geht dann etwa dahin: „Man spricht von einem *datum ob causam praeteritam*, wenn ich etwas wegen einer von dir herrührenden Leistung in dem Sinne gebe, dass, auch wenn meine Voraussetzung eine irrtümliche ist, das hingegebene Geld nicht soll zurückgefordert werden dürfen“. Ein besonderer Anwendungsfall dieses Grundsatzes liegt dann vor, wenn ich z. B. einem mir befreundeten Rechtsanwalte etwas zum Geburtstage schenke, im Innern glaubend, er habe mir einen Prozess geführt. Er braucht es sich dann nicht gefallen zu lassen, dass der Beweggrund der Remuneration, der bei der Bezeichnung der Gabe als Schenkung übergegangen und durch diese Bezeichnung sogar ausgeschlossen ist, gegen ihn hervorgekehrt werde²⁾. Nur da, wo die *causa* nicht eine „*praeterita*“ ist, sondern in die *lex contractus* als erheblich mitaufgenommen wird, da kann sich aus ihr eine stillschweigende Bedingung ergeben³⁾.

Es war bisher immer nur von obligatorischen Verträgen die Rede. Bei dinglichen liegt die Sache insofern anders, als

¹⁾ Sicherlich spricht die Stelle nicht von einer blossen „Veranlassung“. Wenn ich jemandem etwas in der Absicht einer Gegenleistung für einen erhaltenen Vorteil gebe, so ist die Annahme dieses Vorteils mehr als eine „Veranlassung“. — Ähnlich ist auch die *l. 65 § 2 dig. de cond. ind. 12, 6* ausulegen. Wenn ich jemandem, dem ich ein Entgelt für geleistete Arbeiten zuzuwenden beabsichtige, erkläre, dass ich ihm das Zugewandte schenke, so braucht er es sich nicht nachher gefallen zu lassen, dass ich es als eine Bezahlung der Arbeiten auffassen und wegen Irrtums zurückfordern will.

²⁾ *arg. l. 65 § 2 dig. de cond. indeb. 12, 6.*

³⁾ *l. 1 pr. l. 2 § 7 dig. de donationibus 39, 5.* Wenn Hesse, *Dogm. Jahrb.* Bd. 15 S. 83, *Archiv f. ziv. Praxis* Bd. 57 S. 185, meint, dass nach römischem Rechte zwar bei lästigen Geschäften, nicht aber bei Liberalitäten, auf die Beweggründe des Gebers Rücksicht genommen werden soll, so liegt in dieser Bevorzugung des an dem Geschäfte Interessierten vor dem reinen Wohltäter eine wahre Absonderlichkeit, zu deren Annahme die Quellen glücklicherweise nicht zwingen; im übrigen hat Hesse (*Dogm. Jahrb.* Bd. 15 S. 80) recht, wenn er meint: „Die ganze Lehre von den *Conditionen* beruht auf der Wirksamkeit des Irrtums in Beweggründen“. Nur muss es heissen: „in gewissen Beweggründen“. — Natürlich gibt es bei Geschäften, welche keine ausdrücklichen Bedingungen vertragen, wie Eheschliessungen nach heutigem Rechte, oder Anträgen auf *separatio bonorum* nach römischem (*l. 1 § 17 dig. de separat 42, 6*), auch keine stillschweigenden Vorbehalte.

an ihnen Dritte, gegen welche der Vertragsakt wirkt, mitinteressiert sind. Die moderne Gesetzgebungsweisheit betonte diesen Umstand sehr stark, sie liess gegen Dritte wirksame Resolutivbedingungen überhaupt nicht zu, so dass nach Partikularrecht¹⁾ nur ein obligatorischer Rückerstattungsvertrag möglich war, wenn die Parteien für einen gewissen Fall die Geschäftswirkungen fortgeräumt wissen wollten²⁾. Das römische Recht

¹⁾ §§ 261—264 ALR. I 11. Anders BGB. § 158.

²⁾ Dieses Rückerstattungsversprechen heisst in den Quellen auch *conditio* l. 1 pr. 2 § 7 *dig. de donat.* 39, 5. Es gibt also im römischen Sinne bei dinglichen Verträgen dinglich- und obligatorisch-wirkende Resolutivbedingungen, Abreden des Rückfalls und Abreden der Rückerstattung. (Das BGB. vermeidet freilich für solche blosse Versprechen den Namen der auflösenden Bedingungen, so dass er für die Rechtssprache in Zukunft besser in Wegfall kommt.) Beispiele stillschweigender Resolutivbedingungen bei Regelsberger in Endemanns Handbuch Bd. II S. 419 Anm. 14. Eine Resolutivbedingung wegen Unmöglichkeit eines stillschweigend als massgebend vorausgesetzten gegenwärtigen Umstandes vgl. in l. 37 *dig. de condict. indebiti* 12, 6, in *est.* 4 *Cod. de juris et facti ign.* 1, 18, in der l. 36 *dig. de acquir. rer. dom.* 41, 1, in der l. 18 § 3 *dig. de dolo malo* 4, 3 (vgl. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 599), l. 32 *dig. de actione emti venditi* 19, 1 (vgl. hierzu Zitelmann S. 600 Anm. 598 und l. 52 § 22 *dig. de furtis* 47, 2), eine solche wegen Ausfalls einer Erwartung vgl. in l. 2 § 7 *de donationibus* 39, 5. Die alte Lehre von der Widerruflichkeit der Verträge wegen veränderter Umstände (sog. *clausula rebus sic stantibus*) war daher weniger falsch, als zu allgemein gefasst. — Da stillschweigende Abreden, also auch Bedingungen, durch Hinweis auf das Verkehrsbliche mit der Vermehrung des Verkehrslebens und des Niederschlags von Verkehrsgebräuchen in der Form von Usancen immer häufiger angenommen werden mussten, so ist es nicht wunderbar, dass die ältere Jurisprudenz, z. B. Celsus der Vater, in manchen Fällen noch keine stillschweigende Abrede der Rückerstattung annahm, in denen die jüngere eine solche bereits erblicken konnte. Vgl. l. 3 § 7 *dig. de cond. causa data* 12, 4. In der l. 34 pr. *dig. de acqu. vel am. poss.* 41, 2 (vgl. auch Hesse, Dogm. Jahrb. Bd. 15 S. 82 Anm. 3) ist ein stillschweigendes *constitutum possessorium* für den Fall eines Irrtums zu sehen, etwas Ähnliches kann ein *furiosus* nicht verabreden, daher l. 18 § 1 *dig. eodem* mit l. 34 pr. *cit.* nicht im Widerspruche steht. Was bei den einer streng-zivilrechtlichen Auslegung unterliegenden Stipulationen (vgl. l. 44 § 2 *de obligat. et act.* 44, 7) und Akzeptilationen (l. 38 *dig. de dolo malo* 41, 3) galt, darf natürlich auf *negotia bonae fidei* nicht analog ausgedehnt werden, zumal das prätorische Recht dafür sorgte, dass die tatsächlichen Konsequenzen dieser zivilrechtlichen Grundsätze unverwirkt blieben. Der Verfasser kehrt mit dieser Unterscheidung zwischen der Rückfallsabrede und der Rückerstattungsabrede als

teilt diese Vorliebe für den redlichen Dritten nicht¹⁾. So lässt es denn auch die Abrede, dass das Eigentum in einem gewissen Falle auf den Tradenten zurückspringen soll, zu²⁾, sofern nicht, wie bei dem *pactum displicentiae*, die Erfüllung dieser Bedingung in der Willkür des Empfängers liegt³⁾. Diese letztere Ausnahme rechtfertigt sich dadurch, dass eine Abrede, nach welcher der Empfänger durch eigenen Entschluss die Möglichkeit haben soll, seinem redlichen Rechtsnachfolger das erworbene Eigentum wieder zu rauben, geradezu seinen *dolus* sanktionieren würde⁴⁾. Sonst aber ist ein Rückfallvertrag möglich, und es wurde sogar bei der in *diem addictio* ein solcher bei den Worten *res inempta esto*, die nach ihrem Wortlaute nur die Beseitigung der Geschäftsfolgen anordnen, angenommen⁵⁾. Einen dinglich wirkenden Rückfallvertrag

zweier Arten der römischen Resolutivbedingung zu der älteren quellenmässigen Ansicht zurück (vgl. Fitting, Zeitschr. f. Handelsr. Bd. II S. 242). Die neuere Behauptung, dass die obligatorischen Resolutivbedingungen diesen Namen nicht verdienen, hält er für eine durch nichts gebotene Abweichung von der Redeweise der Quellen. Da sie aber im BGB. § 158 siegreich blieb, so müssen wir uns nach ihr richten.

¹⁾ Es geht davon aus, dass der Vorteil, welcher dem Verkehrsleben gewährt wird, sobald jeder redliche Dritte die Sicherheit eines unanfechtbaren Erwerbes hat, aufgewogen wird durch die darin liegende Beförderung der Hehlerei zum Schaden des redlichen Ersten und die Verminderung aller Geschäfte, welche, wie die Miete, die Fortgabe einer Sache zur fremden Detention bezwecken, weil die Gefährlichkeit der Unterschlagungen vermehrt wird.

²⁾ So auch BGB. § 158.

³⁾ l. 3 *dig. quibus causis pignus* 20, 6. (Ulpianus): *Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta sit, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.* Dass der *dolus* sich gegen einen Dritten richten würde, ändert an der Sachlage nichts und schützt das Geschäft nicht vor Ungültigkeit. *arg. l. 2 § 2 dig. de doli mali exc.* 44, 4. *Plane ex persona ejus, qui exceptionem objicit, in rem opponitur exceptio: neque enim quaeritur, adversus quem commissus sit dolus, sed an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris.* — Das BGB. kennt diesen Satz nicht.

⁴⁾ Auch jetzt steht wohl § 138 BGB. einer solchen Abrede im Wege.

⁵⁾ *arg. l. 3 cit. dig. quibus modis* 20, 6. Was dagegen bemerkt worden ist, ist nicht stichhaltig; vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 99 ff. Anders

werden wir also nur dann annehmen dürfen, wenn dadurch kein dolus sanktioniert wird, dies Geschäft nicht ausnahmsweise verboten ist¹⁾ und die Parteien etwas derartiges verabredet haben, entweder ausdrücklich oder stillschweigend (so im römischen Rechte bei der in diem addictio). Sonst gilt nur ein obligatorischer Rückgabevertrag, damit nicht der Erwerber, wenn er die Sache inzwischen veräußern will, sich der Gefahr aussetzt, nachher mit einem Eviktionsanspruche und einer Anzeige wegen Betruges von dem dritten Erwerber belangt zu werden, und damit er nicht deshalb mit jeder Veräußerung warten muss, bis es sicher ist, dass die Resolutivbedingung nicht mehr eintreten kann.

Was oben von den auflösenden Bedingungen ausgeführt wird, gilt bis zu einem gewissen Grade analog von den aufschiebenden. Sobald bei einem dinglichen Vertrage die Kontrahenten einen gewissen Erfolg nur in der Erwartung eines zukünftigen Umstandes wünschen, dann ist es möglich, dass sie diesen zur dinglich wirkenden Suspensivbedingung machen; möglich ist aber auch, dass sie den Erfolg sogleich eintreten lassen und bloss für den Fall, dass der Umstand ausbleibt, die Rückerstattung verabreden. Auch hier wird die erstere nur anzunehmen sein, wenn die Parteien es besonders verabreden, oder es bei Geschäften einer gewissen Art als üblich, folglich als stillschweigend verabredet gilt²⁾. Ganz das gleiche gilt aber endlich auch von den für beide Parteien bestimmenden Voraussetzungen eines gegenwärtigen oder vergangenen Umstandes, z. B. der Existenz einer Schuld. Eine *conditio in praesens vel praeteritum relata* wird hier nur bei besonderer Abrede anzunehmen sein, sonst räumt der Empfänger dem Geber für den Fall der irrigen Voraussetzung nur ein obligatorisches Rückforderungs-, kein dingliches Rückfallsrecht ein. Sonst müsste ja in der Tat der Empfänger einer gezahlten

das BGB., das die Rücktrittsrechte als obligatorische Befugnisse regelt (§§ 346 ff.).

¹⁾ Bei Servituten war dies der Fall, l. 4 pr. dig. de servit. 8, 1, Karlowa a. a. O. S. 105. Der gute Glaube des Grundbuchs macht dies jetzt entbehrlich.

²⁾ arg. l. 11 § 1 dig. 19. 1 (Ulpianus): . . . Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt hujus iudicii potestate.

Leistung in der steten Besorgnis schweben, sich bei deren Weiterveräußerung regresspflichtig zu machen.

Solche Vorbehalte einer Rückforderung können wiederum von verschiedener Stärke sein. Bald beziehen sie sich auf die volle Vertragsleistung; in der Regel aber nur auf die später noch vorhandene Bereicherung (so bei der *conditio indebiti*)¹⁾.

Wir fassen das Bisherige in die Formel zusammen:

Verträge sind wegen unrichtigen Beweggrundes dann nichtig, wenn die Feststellung der Richtigkeit des Beweggrundes als Bedingung verabredet, wenn auch vielleicht nicht als solche formuliert worden ist. Sie werden nichtig, wenn bestimmt ist, dass sie als ungültig angesehen werden sollen, falls die Richtigkeit eines Beweggrundes nachträglich widerlegt wird.

Hier entkräftet stets der Ausfall der aufschiebenden oder der Eintritt der auflösenden Geschäftsbedingung das Geschäft, der Irrtum erklärt nur die Existenz der Vertragsverhandlungen²⁾ und beweist ihre Hinfälligkeit³⁾.

Neben dem Irrtume in den Beweggründen, d. i. den geistigen Vorstellungen, welche zu dem Geschäftsabschlusse hintreiben⁴⁾,

¹⁾ Dieser Rückforderungsvorbehalt schwebte Windscheid bei seiner „Voraussetzung“ vor, die nur in die 1. Lesung des Entwurfs eines BGB., nicht aber in dieses als technischer Ausdruck aufgenommen worden ist. Vgl. des Verf. allg. Teil, Berlin 1900 S. 419 Anm. 1.

²⁾ Zu den gleichen Ergebnissen gelangt Hartmann, Bd. 20 S. 49. Darauf, dass sie auch das Rechtsgefühl billig denkender Menschen befriedigen müssen, legt der Verfasser von seinem Standpunkte aus kein besonderes Gewicht. Zum Nachteile gereicht es aber ihrer Wahrscheinlichkeit sicherlich nicht.

³⁾ In der Redeweise des BGB. Unwirksamkeit genannt (s. unten § 16 a. E.).

⁴⁾ Neben solchen Vorstellungen, z. B. dass ein Brot, welches man sieht, geniessbar ist, wirken auch noch die Gefühle oder Triebe, z. B. der Hunger, zu dem Abschlusse des Geschäftes z. B. des Ankaufs dieses Brotes, mit. Auch diese letzteren nennt man in einem besonderen, für die Irrtumslehre uninteressanten Sinne „Beweggründe“. Zitelmann hebt dies nicht scharf genug hervor (Irrtum und Rechtsgeschäft S. 157 ff.). Richtiger Lammasch in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 224. Würde man diese beiden Arten von Beweggründen unterscheiden, so würde man die übliche Analogie zwischen den erzwungenen und den durch Irrtum erzeugten Handlungen (vgl. z. B. Zitelmann S. 584; Hölder, KrVJSchr. Bd. 14 S. 565) vermeiden. Metus ist ein Gefühl, die irrige Annahme eine geistige Vorstellung. Vgl. auch Hartmann, Dogm. Jahrb. Bd. 20 S. 60.

sprechen neuere auch noch von einem Irrtume „in der Absicht“¹⁾.

Nehmen wir an, dass das Wort „Irrtum“ hier in eben demselben Sinne verwandt ist, wie in der Wendung: „Irrtum im Beweggrunde“, d. h. als *falsa opinio*, so würde der Begriff: „Irrtum in der Absicht“ sich als ein vom psychologischen Standpunkte unmöglicher darstellen. Wie in aller Welt sollte man sich in einer Absicht irren, sofern man unter irren soviel versteht wie: „eine falsche Meinung“ haben, und nicht etwa einen Fehlgriff tun? Entweder man hat eine Absicht, dann ist sie eben da und ihre Annahme ist keine falsche Ansicht, oder sie ist nicht vorhanden, dann kann in ihr auch keine irrierte Vorstellung enthalten sein. Man kann wohl eine Absicht haben, weil man etwas irrigerweise annimmt, also in dem Beweggrunde der Absicht etwa Falsches annimmt, aber in der Absicht selbst kann kein Irrtum im Sinne einer unrichtigen Vorstellung liegen²⁾. Wenn also z. B. ein Kontrahent sich irrt, weil er hinsichtlich einer Person, Sache u. dgl. etwas Falsches annimmt, so ist das immer nur ein Irrtum in dem Beweggrunde zu der dadurch erzeugten Absicht³⁾. Man kann also nicht sagen, der Irrtum als *falsa opinio* sei erheblich, wenn er in der Absicht, unerheblich, wenn er in den Beweggründen liege. In diesem Sinne kann er niemals irgendwo anders liegen, als immer in einem Beweggrunde⁴⁾.

¹⁾ Namentlich Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 373 ff. Vgl. auch Bruns, Pandektenfragmente S. 480: „Irrtum in den Bestandteilen“. Zitelmann ändert übrigens seine Terminologie späterhin insofern, als er von einem „Irrtum als Mangel der Absicht“ spricht (S. 489). Die Bezeichnung eines Mangels der Absicht mit dem Namen eines Irrtums ist ebenso neu, wie die gleiche Benennung für den „Mangel des Bewusstseins“ (S. 485).

²⁾ Wohl aber ein Fehlgriff, den man hier in der Regel unter dem Worte „Irrtum“ in das Auge fasst. Vgl. aber auch Bruns a. a. O. S. 479. Richtig bemerkt Hölder, KrVJSchr. Bd. 14 S. 582: „Das Prädikat der Wahrheit oder Unwahrheit kann nur dem Bewusstsein zukommen, nicht dem Willen“, unwahr ist in jenen Fällen nicht die Handlung, wohl aber die begleitende — und sie verursachende — „Vorstellung“. (Vgl. ebenda S. 564.)

³⁾ Wenn ich A mit B verwechsle und dem A etwas zu schenken beschliesse, so unterscheide man wohl die Verwechslung (Irrtum) und die dadurch hervorgerufene Absicht.

⁴⁾ Vgl. auch Pernice in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 25 S. 140:

Trotzdem meint der Verfasser, dass sich bei dem Worte „Irrtum in der Absicht“ allerdings etwas denken lässt, sogar etwas Quellenmässiges (sofern man es auf den Kreis der rechtserheblichen Absichten und der rechtserheblichen Irrtümer beschränkt). Nach des Verfassers Meinung unterscheiden die Römer sehr wohl zwischen dem *errare in aliqua re* und dem Irrtum über eine Sache. In einer Sache irren, heisst nicht, eine falsche Meinung über sie haben, sondern infolge einer solchen falschen Meinung etwas Unerwünschtes wollen oder tun, also keine Meinung, sondern einen Wunsch oder eine Tat. Wer mit seiner Erklärung auf ein Unerwünschtes hindeutet, der begeht einen Fehlgriff (*error*) in dem Geschäftsinhalte, er richtet seine Worte und seine Absicht auf ein für seinen Endzweck ungeeignetes Mittel. Wer aber z. B. mit einer Person kontrahiert, sie mit einer andern verwechselnd, mit welcher er ebensogern kontrahiert haben würde, z. B. ein Kaufmann, welcher, mich für Herrn X. haltend, mir eine Zigarre verkauft, der irrt sich nur über die Person, vergreift sich aber nicht in der Person, er weicht nicht von einem erwünschten Ziele ab¹⁾.

Dass dieser Irrtum in der rechtserheblichen Absicht neben dem Mangel des erforderlichen doppelten Konsenses keine besondere juristische Bedeutung für Verträge haben kann, bedarf wohl nach dem oben Ausgeführten keines besonderen Beweises. Allein auch bei Testamenten und anderen nicht richtungsbedürftigen Geschäften folgt seine Bedeutsamkeit schon aus dem, was über die Irrtümer in den Beweggründen ausgeführt worden ist; denn jedem Fehlgriffe in der Absicht geht ein Irrtum über einen Beweggrund derselben vorher. Nur hängt bei diesen nicht richtungsbedürftigen Geschäften die Rechtserheblichkeit der Absichten nicht von dem Eindrucke ab, den sie in einer bestimmten Partei bei dem Erklärungsakte selbst erzeugen. Wir haben daher keine besondere Veranlassung, aus dieser Mangelhaftigkeit der Absicht eine eigene Kategorie zu

„Und in der Tat steckt der Fehler bei jenem unechten Irrtume nicht im Willen, sondern in der Vorstellung, die den Willen samt der Erklärung auf den falschen Weg leitete“.

¹⁾ Vgl. Brinz, Pandekten I. A. S. 1393 und oben S. 146 ff.

bilden, und diese den Irrtümern (*falsae opiniones*) in den Beweggründen als ein Zweites entgegenzustellen, für uns ist sie nur als Mangel des rechtserheblichen Willens wichtig. Nur Beispiele der allgemeinen Regel sind ihre einzelnen Anwendungsfälle, der *error in re* oder *persona*¹⁾ oder in einem anderen Punkte, dessen richtige Festsetzung als unerlässliche Vorbedingung der erwarteten oder erklärten Vertragsannahme erkennbar wurde.

Unter die Formel des Bedingungsausfalls beugt sich aber auch der Absichtsirrtum bei zweideutigen Erklärungen, weil diese nur unter der Bedingung gelten wollen, dass sie aus einer inneren Absicht erläutert werden können. Ihr beugt sich aber auch der Fall, dass beide Teile über einen Umstand irren, der für sie in gleicher Weise eine unerlässliche Bedingung des Geschäftsabschlusses war.

Beweggründe, die nicht als Bedingungen gesetzt sind, sind, wenn sie falsch sind, freilich keine Nichtigkeitsgründe, trotzdem aber keineswegs unbedingt gleichgültig. Die folgende Skala der rechtserheblichen²⁾ Beweggründe mag dies erweisen. Es gibt:

1. Beweggründe, die wegen ihrer Irrigkeit ein nichtiges Geschäft nach sich ziehen.

a) Beweggründe, welche den Inhalt der Absicht in rechts-

¹⁾ Dass der Gegenstand des Irrtums für die Gültigkeit des Vertrages bedeutungslos ist, hat namentlich Zitelmann (*Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 463, 492) — natürlich nur in dem Rahmen seiner Irrtumslehre — erwiesen und dadurch die Lehre sehr gefördert.

²⁾ Absichtlich vermeidet der Verf. das Wort „wesentlich“ statt „rechtserheblich“, obwohl die gemeine Redeweise „wichtig“ und „wesentlich“ identifiziert. Nach Sokolowskis Forschungen (*Die Philosophie im Privatrecht* 1902, vgl. oben S. 92 Anm. 1) liegt das juristische Wesen der Dinge in ihrer Zweckbestimmung, also einer Eigenschaft, die dem Irrtum fehlt. Man könnte daher nur von solchen Irrtümern als wesentlichen reden, die das Wesen des Vertrages, d. h. seine Geltung beeinträchtigen. In diesem Sinne ist der Irrtum als Nichtigkeitsgrund „unbedingt wesentlich“, als Anfechtungsgrund nur „bedingt wesentlich“, aber keineswegs unwesentlich. Eine trostlose Sprachverwirrung hemmt auf diesem Gebiete die gegenseitige Verständigung, vgl. hierzu Zitelmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft* S. 490 ff., Graf Piniński, *Tatbestand des Sachbesitzererwerbs* Bd. II S. 467, 497.

erheblicher Weise (d. h. in der Regel in erkennbarer Weise) entstellen, d. h. zu einem anderen machen, als erwünscht war (sog. Irrtümer in der Absicht, besser Fehlgriffe in der rechtserheblichen Absicht aus Irrtum),

b) Beweggründe, deren Unrichtigkeit nach dem Geschäftsinhalte, sobald sie aufgeklärt wird, als Ausfall einer Bedingung oder als Eintritt einer auflösenden Bedingung gilt.

2. Beweggründe, deren Unrichtigkeit, wenn sie aufgeklärt wird, zwar das Geschäft entstehen lässt, aber seinen Inhalt beeinträchtigt.

a) Voraussetzungen einer Rückforderung des Vertragsgegenstandes,

b) Voraussetzungen einer Rückforderung der aus dem Vertrage entstandenen Bereicherung,

c) Voraussetzungen einer ädilizischen Klage,

d) nach römischem Rechte Voraussetzungen einer *in integrum restitutio propter errorem* oder einer *exceptio doli*¹⁾,

e) Voraussetzungen einer Anfechtung (§§ 119, 2, 2078, 2 BGB.)²⁾.

Bei dieser grossen Fülle rechtserheblicher Beweggründe ist es erstaunlich, dass die Lehre von der Unerheblichkeit der Beweggründe überhaupt möglich war.

Es erklärt sich dies auf mehrfache Weise:

1. Zunächst verwechseln viele die Ausdrücke: „erheblich“ und „wesentlich“ mit „nichtigkeitsbegründend“. Die letztere Eigenschaft ist eine blosse Unterart der Wesentlichkeit oder

¹⁾ Vgl. v. Hollander, *Vom error juris* S. 145 ff. Ob sich die Fortdauer der römischen *exceptio doli* verteidigen lässt, muss hier dahingestellt bleiben.

²⁾ Das Reichsgericht hat in Anlehnung an beachtenswerte Ausführungen neuerer Schriftsteller gegen des Verf. allg. Teil S. 496 in den *Entsch.* Bd. 61 Nr. 41 S. 171 ff. die Ansicht vertreten, dass bei der Möglichkeit der sog. ädilizischen Rechtsmittel die Anfechtung wegen verkehrswesentlicher Eigenschaften ausgeschlossen sei. Dass dies aus den Texten mit Notwendigkeit folge, muss ich bestreiten. Dagegen erkenne ich an, dass in diesem neuen legislativ zweckmässigen Gedanken der Subsidiarität des Anfechtungsrechts eine einschränkende Auslegung des § 119 Abs. 2 liegt, die als schätzenswerte Rechtsfortbildung betrachtet werden kann. Vgl. auch hierzu Schneider, *Archiv f. ziv. Praxis* Bd. 97 S. 142 ff.

Rechtserheblichkeit. Sie liegt, wie wir sahen, bei falschen Beweggründen nur selten vor (keineswegs, wie man lehrt: niemals).

Dazu kommt noch als weiterer Grund, dass

2. eine grosse Zahl der von Irrtum beeinflussten Geschäfte eine vox ambigua in sich enthält. Hier wird auf den innern Willen zurückgegriffen, um die Lücke der geschehenen Äusserung auszufüllen, und wenn der innere Wille gänzlich fehlt, oder mit der zweideutigen Erklärung unvereinbar ist, so fällt das Geschäft hin.

Hierbei sieht man aber allerdings immer nur auf die Absicht, nicht auf Beweggründe, welche für den Absichtsinhalt gleichgültig sind (die sog. blossen Beweggründe). Das Ausfüllungsbedürfnis richtet sich eben nur auf den Willensinhalt, auf nichts anderes.

Hiermit glauben wir einen völlig richtigen Kern der in ihrer Allgemeinheit verwerflichen Lehre zu finden, dass die blossen (d. h. den Absichtsinhalt weder entstellenden, noch ausschliessenden) Beweggründe rechtlich gleichgültig sind.

Auch noch in einer anderen Hinsicht sind Beweggründe als solche gleichgültig. Fragen wir nicht nach dem Erklärungsinhalt, sondern zunächst nur danach, ob ein bewusster Erklärungsakt vorliegt, so kommt es auf die Beweggründe dieses Aktes nicht weiter an. Auch wer aus Versehen einen Brief in den Kasten gesteckt hat, hat ihm dem Adressaten zugesandt; die wichtige Tatsache wirkt für sich allein ohne ihre psychologische Vorgeschichte.

Vielleicht war bei der Lehre von der Unerheblichkeit der Beweggründe auch die Erwägung massgebend, dass ebenso, wie die voluntas naturalis nur gilt, wo sie zugleich civilis (rechtserheblich) ist, das gleiche auch von der causa voluntatis gelten muss.

Endlich muss der Richter, wie wir sahen, bei formlosen Versprechen zwar von der Partei eine Aufklärung über die Gegenleistung (causa) verlangen, nicht aber die Mitteilung der Beweggründe. Man denke endlich auch an die bekannte Unerheblichkeit des Irrtums über die causa traditionis (l. 36 Dig. de acquir. rer. dom. 41, 1) und der Beweggründe bei Besitzergreifungen und ähnlichen Handlungen.

Jedenfalls ist es ein interessantes Problem, den Gründen

nachzuspüren, aus denen eine so handgreiflich unrichtige Behauptung, wie es die Lehre von der grundsätzlichen Unerheblichkeit der Beweggründe ist, mit Zähigkeit festgehalten wird. Wir setzen an ihre Stelle den Satz:

Die Unerheblichkeit des Irrtums in den Beweggründen kann allgemein weder bejaht noch verneint werden.

e) Ergebnisse und Rückblick.

§ 14.

Den Inhalt der vorliegenden Schrift fasst der Verfasser in folgendem zusammen:

Der Sinn einer Willenserklärung ist ihre Eigenschaft, in der Partei, für die sie bestimmt ist, den Gedanken hervorzurufen, dass der Erklärende etwas wolle. Diesen Sinn nennen die Römer vielfach voluntas und die älteren Romanisten, z. B. Savigny und Thöl „Willen“ (ebenso § 133 BGB.), weil er den rechtserheblichen Willen darstellt. Die neueren aber, durch diesen Namen getäuscht, verstehen unter voluntas nicht diese Eigenschaft, welche an der Erklärung haftet, sondern ein Inneres, welches der Erklärung vorhergeht und etwa der strafrechtlichen „Absicht“ entspricht. Dieses Missverständnis hat zu dem Übersetzungsfehler geführt, in dem doppelten consensus der beiden Parteien zwei übereinstimmende Absichten im natürlichen Sinne des Wortes, statt zwei übereinstimmende rechtserhebliche Absichten, d. h. in der Regel zwei Erklärungsakte übereinstimmenden Inhalts zu sehen. Auf diesem Übersetzungsfehler fussend hatte die neuere Wissenschaft die Bestandteile des Vertragsschlusses aus der Aussenwelt, welcher sie in der Regel angehören, in das psychologische Gebiet verlegt und war, indem sie sich hierdurch mit den Quellen und dem praktischen Bedürfnisse in Widerspruch setzte, immer mehr in Dunkelheit und Verwirrung geraten, namentlich weil sie die Deutung mitgeteilter Worte mit der Feststellung innerer Seelenzustände verwechselte¹⁾.

¹⁾ Dagegen namentlich Danz, Die Auslegung der Rechtsgesch. 2. Aufl. 1906 S. 2 ff.

Berichtigt man den oben gerügten Fehler, so verschwinden nicht nur alle angeblichen Antinomien der Irrtumslehre, sondern wir gewinnen Ergebnisse, welche den Bedürfnissen des Verkehrs und der Rechtsanwendung in gleicher Weise genügen und mit Unrecht von einigen Neueren als das Erzeugnis ihrer eigenen schöpferischen Kraft ausgegeben worden sind, während sie klar bezeugte Sätze des corpus juris waren. Alle diese Ergebnisse sind aber nichts als notwendige Folgerungen aus dem richtig übersetzten Satze: pactum est duorum plurimumve in idem placitum et consensus. Ein Gesetzgeber, welcher diesen Satz aufnimmt, kann sich die Ausführung der wichtigsten Lehren des Vertragsrechtes ersparen, weil sie mit mathematischer Notwendigkeit aus ihm folgen, und der Praktiker kann sie ohne jede Beihilfe legislatorischer und psychologischer Hilfsmittel mit Leichtigkeit aus jenem einen Satze folgern.

Diese Folgerungen sind:

1. Wer nicht eine bis zu ihrem Empfange unwiderrufene, ihrem erkennbaren Sinne nach ernstliche Vertragserklärung abgegeben hat, kann — von Ausnahmenvorschriften abgesehen — durch die rechtlich anerkannten Vertragswirkungen nicht getroffen werden (ebenso jetzt §§ 145 ff. BGB.).

2. Jede der beiden Vertragserklärungen muss geeignet sein, in dem Mitkontrahenten die Annahme hervorzurufen, dass ihm durch diese Erklärung ein Gedanke des Erklärenden erkennbar werden solle (eine Ausnahme enthält § 151 BGB.)¹⁾.

3. Der Urheber eines Vertragsantrages wird nach dem Eingange der Offerte durch einen Widerruf nicht frei, wohl aber durch den Ablauf der von ihm ausdrücklich oder stillschweigend gesetzten „Wartezeit“ (ebenso § 146 BGB.).

4. Ob die Parteien den Inhalt der Vertragsnorm (lex contractus), welchem sie sich unterwerfen, kennen und ob sie ihn selbst verfasst haben, ist gleichgültig. Sie können sich auch im voraus der von einem Dritten zu verfassenden Vertragsnorm unterwerfen (Lücke des Gesetzbuchs).

¹⁾ Vgl. über diese Freund, Die stillschweigende Vertragsannahme, Breslau 1899.

5. Ein Stellvertreter im Vertragsschlusse ist nur der Urheber der bindenden Erklärung des Einverständnisses mit dem Vertragsinhalte¹⁾. Verfasst jemand die Vertragsnorm bloss für einen anderen, welcher sich dieser letzteren später oder auch schon im voraus blindlings unterwirft, und ist die Annahme nicht an jenen Verfasser, sondern an den anderen Teil gerichtet, so ist der Verfasser nur ein „Gehilfe im Vertragsschlusse“.

6. Erklärungen, die sich an einen anderen richten, werden von dem Standpunkte gedeutet, auf welchem sich der Angeredete in dem Augenblicke des Empfanges befand, Erklärungen, welche sich an keine bestimmte Person richten, und Willensäusserungen, die keine Mitteilung sind, von jedem möglichen Standpunkte (gilt jetzt auch für § 151).

7. Wer eine Erklärung auslegt, — mag sie nun einem Gedanken in Worten oder durch ein sonstiges Verhalten (tacite) Ausdruck geben, — muss zunächst feststellen, welche Bedeutung die gebrauchten Worte oder das beobachtete Verhalten nach den besonderen Lebensgewohnheiten des Erklärenden hat. Neben dem so Ermittelten darf und soll er alles als erklärt betrachten, was der Verkehrssitte entspricht (§ 157 BGB.), wobei nicht bloss an die tatsächlich geübte, sondern auch an die vom allgemeinen Verkehrsinteresse erforderte Sitte zu denken ist²⁾.

8. Mehrdeutige Erklärungen, deren Mängel bloss ihrem Urheber zur Last fallen, werden zu dessen Ungunsten gedeutet. Ist dies nicht möglich und liegt sonst eine Mehrdeutigkeit vor, so wird ausnahmsweise untersucht, welches die gegenseitig nicht erkennbaren Parteiabsichten waren (Lücke des Gesetzbuchs).

9. Stimmen die beiden Parteiäusserungen nicht untereinander überein, so gilt der Vertrag nicht, falls sich nicht etwa die Nichtübereinstimmung auf einen Punkt bezieht, von dessen Gültigkeit beide Parteien die Kraft des Geschäftes nicht abhängig machen wollten (§ 155 BGB.). Ist ein solcher Nebenpunkt ein besonderes zweiseitiges Geschäft, so fällt er weg.

¹⁾ Abweichend die erste Auflage.

²⁾ Vgl. Burckhard, Zivil. Präsumtionen S. 249 ff.

Belastet er nur den einen Kontrahenten, so gilt im Zweifel das Mindere¹⁾ (Gesetzbuchslücke).

10. Nach den angegebenen Erklärungsregeln muss, damit der Vertrag rechtliche Wirkungen nach sich ziehen kann, feststehen, dass alle Kontrahenten nach dem richtig gedeuteten Parteiverhalten in übereinstimmender Weise eben diese Wirkungen wünschen. Dies ist dann der Fall, wenn sie einen tatsächlichen Erfolg (d. i. einen Zustand oder ein erwartetes Ereignis) unter Rechtsschutz stellen oder des Rechtsschutzes entkleiden und hierdurch eine Sachlage schaffen oder beseitigen wollen, die wir mit dem Namen eines subjektiven Rechtes bezeichnen. Ob sie den juristischen Namen des gewünschten Erfolges gekannt haben, ist gleichgültig.

11. Die als massgebend erklärte Rechtswirkung und ihre Bedingungen bestimmen sich — von Formalgeschäften abgesehen — nicht nach dem ihr von den Parteien (vielleicht unpassenderweise) zuerteilten juristischen Namen, sondern nach dem verabredeten Grund und Zweck des Vertrages²⁾.

12. Der verabredete Grund und Zweck des Vertrages bestimmt sich aus den Voraussetzungen vergangener oder gegenwärtiger und den Erwartungen zukünftiger Umstände, auch aus den angestrebten Erfolgen in der Aussenwelt oder in der Seele eines Menschen, sofern diese Voraussetzungen, Erwartungen und Ziele nach dem richtig gedeuteten Sinne der Abrede beiderseits als unerlässliche Vorbedingungen des Geschäfts galten oder wenn bei den Verhandlungen dem einen von dem anderen ausdrücklich oder stillschweigend zugemutet oder zugesichert worden ist, dass sie für Geschäftsinhalt und Geschäftsbedingungen massgebend sein sollen.

13. Wenn ein vergangener oder gegenwärtiger Umstand, der ausdrücklich oder stillschweigend als Bedingung gesetzt wurde, nicht vorhanden ist, so bleibt das Geschäft ohne die in der Erklärung angeordneten rechtlichen Wirkungen (ausschliessende oder exklusive Bedingungen).

¹⁾ Vgl. Burckhard, Zivil, Präsumtionen S. 258.

²⁾ Vgl. hierzu jetzt namentlich Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. S. 114 ff. darüber, dass die Subsumtion eines Geschäfts unter einem Rechtsbegriff der Auslegung nachfolgen muss.

Ob die Parteien die Bedingung irrtümlicherweise für eine notwendige hielten, ist gleichgültig.

14. Erklärt der Akzeptant infolge eines Irrtumes, dass er zustimme, während doch ersichtlich ist, dass entweder der andere Teil oder er selbst mit dem gemachten Vertragsvorschlage nicht einverstanden ist, so ist das Geschäft wegen fehlender beiderseitiger Beistimmung zu dem Geschäftsinhalte nichtig. Bezieht sich aber das mangelnde Einverständnis auf einen Punkt, von dessen Gültigkeit in erkennbarer Weise der Rest des Geschäftes unabhängig sein sollte, so gilt hinsichtlich desselben das oben Nr. 9 für die Nebenpunkte mehrdeutiger Erklärungen Ausgeführte (§ 155 BGB.).

15. Der Irrtum kann hiernach sowohl bei unmöglichen Bedingungen als auch bei fehlendem Einverständnisakte zu nichtigen Vertragsschlüssen führen. Eine Ursache der Nichtigkeit kann man ihn aber nicht immer nennen, weil, wenn der Irrtum nicht vorhanden gewesen wäre, durchaus nicht immer ein gültiger, sondern vielleicht gar kein Vertrag abgeschlossen sein würde. Wohl aber ist er immer eine Ursache des nichtigen Vertragsschlusses¹⁾.

16. Gleichgültig ist der Umstand, auf welchen sich der Irrtum bezieht; es kommt vielmehr auf die Bedeutung an, welche der richtig gedeutete Sinn der Parteiäusserungen diesem Umstande einräumt.

17. Die Nichtigkeit der Verträge wegen Irrtums hängt nicht von psychologischen Untersuchungen ab, sondern lediglich von der Vertragsauslegung²⁾.

Die erste Auflage schloss den ersten Band der Irrtumslehre mit hoffnungsvollen Ausblicken in die Zukunft. Sie erwartete von den Ergebnissen der quellenmässigen Rechtslehre,

¹⁾ Darum spricht der Titel der 2. Aufl. von dem „Irrtum als Ursache nichtiger Verträge“ statt vom Irrtum „bei“ nichtigen Verträgen.

²⁾ Über das Verhältnis der Auslegungslehre zur Irrtumslehre vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. § 5 S. 21 ff., Dogm. Jahrb. Bd. 46 S. 381 ff.

dass sie gegen allgemeine Erörterungen ungeschichtlicher Natur ein Übergewicht erhalten werde.

Diese Hoffnung hat sich nur halb erfüllt.

Die allgemeine Vertragslehre ist freilich im wesentlichen im Sinne dieser Schrift vom BGB. geregelt worden, wie die zuletzt angeführten Paragraphenzahlen ergeben. Daraus folgt, dass die Behandlung des Irrtums als Nichtigkeitsgrund in der oben ausgeführten Weise ebenfalls Geltung erlangt hat. Somit hat dieses Buch seine praktische Bedeutung durch die Einführung des BGB. nicht verloren. Dagegen entspricht die besondere Regelung einer Anfechtung von Rechtsgeschäften, die nicht schon ohnehin nichtig sind, wegen Irrtums (§§ 119 ff.) zwar in ihrem Grundgedanken einem Wunsche des Verfassers, doch entbehrt sie nach seiner Meinung der erwünschten Einfachheit.

Da sie jedoch ausserhalb der ursprünglichen Aufgabe dieses Buches liegt, so fragt es sich, ob es nicht schon jetzt abzuschliessen wäre, zumal der exegetische Inhalt des zweiten Teils durch die Aufhebung des bisherigen Rechts überflüssig geworden zu sein scheint.

Dieser zweite Teil sucht aus den einzelnen auf den Irrtum bezüglichen Stellen durch Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse darzutun, dass auch auf diesem Wege genau dieselben Sätze zu gewinnen sind, wie aus den allgemeinen römischen Regeln des Vertragsschlusses und des Vertragsinhaltes.

Vor fünfundzwanzig Jahren war dieser Nachweis für das Gebiet des gemeinen Rechts erforderlich. Damals galten Justinians Bücher als Gesetzestexte. Sie durften nicht umgangen werden.

Heutzutage ist dies nicht mehr der Fall.

Trotzdem ist der exegetische und dogmengeschichtliche Aufbau der Pandektenlehre für die Irrtumslehre auch jetzt noch nicht bloss von rechtsgeschichtlicher Bedeutung. Noch jetzt gibt es eine Rechtsanwendungslehre, die als Endergebnis einer rechts- und dogmengeschichtlichen Entwicklung auftritt, neben dem System des reinen, dem Altertume angehörigen Privatrechts¹⁾.

¹⁾ Man möchte freilich daran irre werden, wenn man den Gang der neuesten Entwicklung betrachtet. Charakteristisch sind in dieser Hinsicht

Deshalb hofft der Verfasser in dem zweiten Teile dieser Schrift an einem Beispiele nachzuweisen, dass die geschichtlich begründete Rechtsanwendungslehre noch nicht tot ist, sondern vielmehr durch das BGB. neue Aufgaben erhalten hat¹⁾.

Dieselben Texte, die früher den Ausgangspunkt bildeten, um zu allgemeinen Sätzen hinaufzusteigen, sind jetzt Stufen, auf denen der Jünger des Rechts vom Gesetzbuchparagraphen, der sich aus ihnen entwickelt hat, zu der Kasuistik des Lebens und des Gerichtssaales hinabsteigt.

In diesem Sinne sind heutzutage die Quellen zu behandeln, um nutzbringend zu bleiben. Ihm wird sich der nächste Band anpassen.

Dazu kommt noch ein Zweites. Die eigentümlichen Unterscheidungen, welche die §§ 119 ff. BGB. so schwer verständlich machen, sind eine Frucht der Dogmengeschichte. Nur aus ihr sind sie zu begreifen, nur aus ihr sind sie zu deuten, nur aus ihr ergibt sich die Richtung, in der eine weitere Entwicklung zu einfacheren Ergebnissen vordringen kann.

Dies wird der zweite Teil der Schrift nachzuweisen suchen.

die Ausführungen von H. Walsmann (Göttingische gelehrte Anzeigen 1906 Nr. 9 S. 729 ff.), der das Streben, sich in den Zweifelsfragen der Gegenwart von den Geistesschätzen des Altertums anregen zu lassen, als unzulässige „Methode“ tadelt. (S. 737, 738.)

¹⁾ Vgl. des Verf. Schrift: Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechtswissenschaft (Studien z. Erläut. d. bürgerl. Rechts Heft 1), Breslau 1900; auch „Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft“, herausg. von Rud. Leonhard (Studien etc. Heft 17), Breslau 1906 S. 99, 100.

Festgabe für Felix Dahn

zu seinem 50 jährigen Doktorjubiläum

gewidmet von gegenwärtigen und früheren Angehörigen der
Breslauer juristischen Fakultät

I. Deutsche Rechtsgeschichte

— 10 Mark —

- Beyerle, Konrad: Ergebnisse einer alamannischen Urbarforschung 2,— M.
Brie, Siegfried: Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptions-
zeit zum Gewohnheitsrecht 1,20 M.
Hedemann, Justus Wilhelm: Die Fürsorge des Gutsherrn für sein Gesinde
(Brandenburgisch-Preussische Geschichte) 1,60 M.
Naendrup, Hubert: Dogmengeschichte der Arten mittelalterlicher Ehren-
minderungen 5,— M.
Schultze, Alfred: Gerichte und Marktkauf in Beziehung zur Fahrnisver-
folgung 2,— M.

II. Römische Rechtsgeschichte

— 3 Mark —

- Kleineidam, Feodor: Beiträge zur Kenntnis der lex Poetelia . . 1,— M.
Klingmüller, Fritz: Über Klagenverjährung und deren Wirkung 1,— M.
Leonhard, Rudolf: Die Replik des Prozessgewinns (replica rei secundum
me judicatae), ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der
exceptio rei judicatae 1,20 M.

III. Recht der Gegenwart

— 9 Mark —

- Beling, Ernst: Die Beschimpfung von Religionsgesellschaften, religiösen
Einrichtungen und Gebräuchen, und die Reformbedürftigkeit des § 166
StGB. 1,20 M.
Fischer, Otto: Vollstreckbarkeit 1,80 M.
Gretener, Xaver: Die Religionsverbrechen im Strafgesetzbuch für Russland
vom Jahre 1903 1,— M.
Heymann, Ernst: Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditions-
papiere (Konnossement, Ladeschein, Lagerschein) 3,20 M.
Jacobi, Ernst: Die Pflicht zur Berufung der Generalversammlung einer
Aktiengesellschaft 0,80 M.
Meyer, Herbert: Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile
eines Grundstücks (§ 95 BGB.) 1,— M.
Schott, Richard: Über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im
bürgerlichen Recht 1,20 M.

Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge

Zweite Auflage

II. Teil: Irrtumsfälle in den römischen Rechtsquellen

von

Prof. Dr. Rudolf Leonhard
