

Werk

Titel: Wille und Willenserklärung

Untertitel: eine Studie

Autor: Windscheid, B.

Ort: Tübingen ; Leipzig

Jahr: 1880

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1880_0013|log7

Kontakt/Contact

[Digizeitschriften e.V.](#)
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

✉ info@digizeitschriften.de

III.

Wille und Willenserklärung¹⁾.

Eine Studie.

Von

Herrn Geh. Rath B. Windscheid,

Professor in Leipzig.

§ 1.

Nach der zur Zeit herrschenden Ansicht ist eine Willenserklärung nichtig, wenn das in derselben als gewollt Bezeichnete von dem Erklärenden nicht wirklich gewollt ist. Das Wirkende, das die beabsichtigte Rechtswirkung Erzeugende, sagt man, ist zwar nicht der Wille in seiner Innerlichkeit, aber auch nicht die Erklärung in ihrer Aeußerlichkeit, sondern eben die

1) Das Folgende ist der wörtliche Abdruck eines im Juni 1878 veröffentlichten akademischen Programms. Da dieses Programm von mir und von dem Drucker wiederholt begehrt worden ist, ohne daß dem Begehren genügt werden konnte, so darf ich wohl annehmen, daß mit dem Wiederabdruck einigem Bedürfnis begegnet wird. Von Neuem das Wort über die behandelte Frage zu nehmen, halte ich zur Zeit nicht für angemessen. Ich füge nur die Angabe der inzwischen erschienenen Literatur und eine Ergänzung in Betreff der vorher erschienenen hinzu.

Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht S. 358—366. 1878.

Rohler, Jahrb. f. Dogm. XVI S. 325—356. 1878.

Bitelmann das. XVI S. 357—436 fg. 1878.

Derf., Irrtum und Rechtsgeschäft S. 229. 235 fg. 255 fg. 1879.

Fr. Momje n, Erörterungen aus dem Obligationenrecht II S. 93—113 und (zu S. 32 fg.) S. 175 fg. 1879.

Erklärung des Willens, die Einheit von Wille und Erklärung. Die Erklärung ohne Wille hat ebenso wenig rechtliche Wirkung, wie der Wille ohne Erklärung. Beweise dafür, daß dieß in der That die herrschende Meinung ist, wird man von mir nicht verlangen.

In der neueren Zeit aber tauchen Stimmen auf, die bereits nicht mehr vereinzelt genannt werden dürfen, welche der Erklärung als solcher, unabhängig davon ob sie die Trägerin eines wirklich vorhandenen Willens ist, in größerem oder geringerem Maße Wirkung beizulegen geneigt sind. Es gehören hierher, der Zeitfolge nach geordnet, folgende Schriftsteller.

Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen I S. 17—23. 1868.

Röver, über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen. 1874.

Bähr, über Irrungen im Contrahiren, Jhering's Jahrb. XIV S. 393—427. 1875.

Schloßmann, der Vertrag S. 85—140. 1876.

Hölder, kritische Vierteljahrschrift XVIII S. 175 fg. 1876²⁾.

Schall, der Parteinille im Rechtsgeschäft. 1877.

Das diesen Schriftstellern Gemeinsame ist, daß sie der den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Willenserklärung Wirkung für den Fall beilegen, daß derselbe als der Ausdruck des wirklichen Willens nach dem gemeinen Verständniß oder dem Verständniß des oder der der Willenserklärung Gegenüberstehenden erscheint. Im Uebrigen weichen sie von einander ab in Betreff des Umfanges, in welchem dieser Satz gelten soll. Schall stellt ihn für alle Willenserklärungen auf, Röver nur für Willenserklärungen unter Lebenden, von Regelsberger und Bähr wird er auf Verträge, von Schloßmann auf obligatorische Verträge beschränkt. Ein fernerer Punkt, in Betreff dessen zwischen den genannten Schriftstellern

2) Dieser Schriftsteller hat seine Ideen am Wenigsten ausgeführt, und verwendet sie nur zur Construction der bedingten Willenserklärung.

keine vollständige Uebereinstimmung besteht, wird unten (§ 11) bezeichnet werden.

Ich will im Folgenden versuchen, festzustellen, welches Gewicht den für die neue Ansicht beigebrachten Gründen beizulegen sein möchte, und ob und welche Gründe gegen dieselbe sprechen.

Um welche Fragen es sich hierbei im Einzelnen handelt, ist bekannt; ich darf kurz daran erinnern.

a) Es kann vorkommen, daß Jemand ein nicht Gewolltes als gewollt erklärt in dem Bewußtsein, daß er es nicht will, z. B. er spricht im Scherz, oder zu Lehrzwecken, oder auf der Bühne, ferner gehören hierher die Fälle der Simulation und der Mentalreservation.

b) Oder derjenige, welcher eine Willenserklärung abgibt, hat kein Bewußtsein davon, daß das in derselben als gewollt Bezeichnete von ihm nicht gewollt ist, er befindet sich im Irrthum. Endlich gehört

c) auch der Fall hierher, wo eine dem wirklichen Willen entsprechende Willenserklärung hinterher in rechtlich zulässiger Weise zurückgenommen worden ist. Die Thatsache der Erklärung ist stehen geblieben, aber die Erklärung ist des in ihr enthaltenen Willens entleert worden. —

Im Folgenden ist nur von ausdrücklichen Willenserklärungen die Rede. In dem Falle, welchen man mit dem Ausdrucke stillschweigende 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. Man ist darüber einverstanden, daß über die Frage, ob dieser Schluß gerechtfertigt sei oder nicht, objective Grundsätze entscheiden, und daß Niemand sich darauf berufen kann, daß ein an und für sich nicht gerechtfertigter Schluß von ihm dennoch gezogen worden sei. Die ausdrückliche Willenserklärung besteht in der Hervorbringung von Zeichen, welche zu dem Ende gemacht werden, um bei Andern das Bewußtsein zu erregen, daß derjenige, von welchem die Zeichen ausgehen, einen bestimmten Willen habe, und welche zur Hervorbringung dieses Bewußtseins an und für sich ge-

eignet sind: wenn sich nun herausstellt, daß nichtsdestoweniger der Wille, auf welchen die Zeichen hinweisen, nicht vorhanden ist, kann dann derjenige, welcher sich auf die Zeichen verlassen hat, verlangen, daß für ihn das nicht Gewollte als gewollt gelte? Dieß ist die hier zu beantwortende Frage.

§ 2.

Es liegt der Gedanke nahe, daß vielleicht die herrschende Meinung nicht tief genug in den Begriff der Willenserklärung eingedrungen sein möchte, und daß eine genauere Erforschung dieses Begriffes das Irrige derselben ergeben werde. In der That haben Schloßmann und Schall es unternommen, auf diesem Wege ihre Ansicht zu rechtfertigen. Aber ich glaube nicht, daß ihnen dieß gelungen ist.

Bei beiden genannten Schriftstellern findet sich folgender Gedankengang³⁾. Man nennt die Willenserklärung eine Handlung. Handlung ist Willensäußerung, Willensverwirklichung. Hiermit glaubt man bewiesen zu haben, daß die von der Willenserklärung erzeugte rechtliche Wirkung das Product des Willens des Urhebers der Willenserklärung sei. Aber das ist Täuschung, man begeht damit, wie Schloßmann sagt, eine „Subreption“. Derjenige Wille, welcher in der Willenserklärung verwirklicht wird, ist gerichtet nicht auf Hervorbringung einer Aenderung in der Rechtswelt, sondern auf Hervorbringung einer Aenderung in der Sinnenwelt. Er ist gerichtet auf Hervorbringung der durch den Gehör- oder Gesichtssinn wahrnehmbaren Zeichen, durch welche bei Anderen das Bewußtsein von dem Vorhandensein eines auf eine Veränderung in der Rechtswelt gerichteten Willens hervorgerufen werden soll. Dieser letztere Wille ist aber nicht „das Bewußtsein von einem in der Realisirung begriffenen Triebe, sondern er ist ein Trieb, dessen Befriedigung erst als Erfolg der abgeschlossenen Handlung gehofft wird, er ist nicht mehr als ein Wunsch⁴⁾“. Er ist „ein unfaßbares metaphysisches

3) In der Grundlage übereinstimmend ist auch Sölder.

4) Schloßmann S. 136.

Etwas, nicht ein Agens, sondern ein Zustand, dessen Vorhandensein im Inneren des Handelnden von uns auf Grund der Schlüsse, welche wir aus seiner Handlung ziehen, angenommen wird ⁵⁾“. Wie wäre es denkbar, daß ein Seelenzustand dieser Art dadurch, daß er offenbart wird, Anknüpfungspunkt für rechtliche Folgen werden könnte?

Diese Argumentation macht Anspruch darauf, tiefer in den Begriff der Willenserklärung eingedrungen zu sein als die herrschende Meinung, und steht doch ganz auf dem Boden der herrschenden Meinung. Doch muß ich mich mit Vorbehalt ausdrücken, wenn ich hier von herrschender Meinung rede, da es sich um einen Gegensatz handelt, welcher wohl nicht Allen zu allen Zeiten scharf zum Bewußtsein gekommen sein möchte. Ich glaube mich aber nicht zu täuschen, wenn ich annehme, daß die Meisten, oder jedenfalls Viele, sich das bei der Willenserklärung stattfindende Verhältniß in der Weise vorzustellen geneigt sind, daß die Bedeutung der Willenserklärung darin aufgehe, Willens m i t t h e i l u n g zu sein, Mittheilung von dem Vorhandensein eines hinter der Erklärung liegenden, von ihr getrennten Willens. Also so: das Wirkende ist der Wille; aber der Wille ist ein innerer Seelenzustand und entzieht sich als solcher der unmittelbaren Wahrnehmung Anderer; er kann der Wahrnehmung Anderer zugänglich gemacht werden nur durch Setzung von Wahrnehmbarem, welches einen Schluß auf das Vorhandensein des inneren Seelenzustandes erlaubt; dies ist die Aufgabe der Willenserklärung. Die Willenserklärung ist nichts als Erkenntniß- und Beweismittel für den Willen. Gegen diese Auffassung ist die Argumentation von S c h l o ß m a n n und S c h a l l gerichtet. Ich halte aber diese Auffassung für irrig.

Das Wollen als innerer Seelenzustand ist dem Rechte gleichgültig. Es ist dem Rechte gleichgültig nicht bloß deswegen, weil das Recht keine Kunde von demselben hat, sondern deswegen weil seine Dualität ihm nicht genügt. Die Willensbewegung, welche im Innern beschloffen bleibt, ist eine unfer-tige; sie ist eine Welle, welche von der nächsten Welle ver-

⁵⁾ S c h a l l S. 16.

schlungen wird. An eine solche Willensbewegung knüpft das Recht Folgen nicht an; es knüpft Folgen an nur an die aus der Person hinausgesetzte, an die der Außenwelt hingeebene Willensbewegung. Die hinausgesetzte, die der Außenwelt hingeebene Willensbewegung, das ist die Willenserklärung. Die Willenserklärung ist auch Mittheilung von einem vorhandenen Willen, nur nicht von einem von der Willenserklärung getrennten, sondern von einem in ihr enthaltenen, nicht von einem vergangenen, sondern von einem gegenwärtigen Willen. Sie ist daher mehr als Mittheilung des Willens, sie ist der Ausdruck des Willens. Sie ist der Wille in seiner sinnenfälligen Erscheinung. In der Willenserklärung wird nicht bloß der auf Setzung der sinnlich wahrnehmbaren Zeichen gerichtete Wille verwirklicht, sondern zugleich der auf die Hervorbringung der rechtlichen Wirkungen gerichtete Wille. Zunächst zwar wird der auf Setzen der sinnlich wahrnehmbaren Zeichen gerichtete Wille verwirklicht; aber der diesen Willen Verwirklichende weiß, daß die Rechtsordnung aus den von ihm gesetzten Zeichen bestimmte Folgen hervorgehen läßt, und deswegen verwirklicht er auch den auf diese Folgen gerichteten Willen. Wer behauptet, daß in der Willenserklärung nur der auf Setzung der Zeichen gesetzte Wille verwirklicht werde, nicht aber der auf Hervorbringung der rechtlichen Wirkungen gerichtete Wille, muß auch behaupten, daß in dem Geben von Gift zum Zweck der Lebensberaubung nur der Wille verwirklicht werde, daß das Gift in den fremden Körper eindringen solle, nicht aber der Wille, daß der fremde Körper leblos werden solle. Daß in jenem Falle die Kräfte, welche in Bewegung gesetzt werden, Kräfte der Rechtsordnung sind, in diesem Fall physische Kräfte, kann keinen Unterschied machen.

Da vorhin von der Schrift Schloßmann's die Rede gewesen ist, so bemerke ich ausdrücklich, daß es nicht meine Absicht ist, diesem Schriftsteller in die von ihm unternommene Beweisführung⁶⁾ zu folgen, daß das „Willensdogma“ auch einen „Widerspruch“ enthalte. Ich halte es für einen gefundenen

6) S. 88 fg.

Gedanken, „daß der Staat dem Bürger innerhalb gewisser Grenzen volle Autonomie in seiner Vermögens- und seiner Familiensphäre einräumt“, und daher die Gebote desselben als Rechtsgebote anerkennt. Die hervorgehobenen Worte sind Worte von Schloßmann selbst⁷⁾, welcher dem Willen auf dem Gebiete der letztwilligen Verfügung, ferner bei der Eigentumstradition, bei der Freilassung, beim Precarium, beim „Erwerb von Rechten“ rechtserzeugende Kraft bereitwillig zugesteht. Warum die Rechtsordnung mit einem Factor, mit welchem sie bei Willenserklärungen anderen Inhalts operirt, nicht auch bei obligatorischen Verträgen sollte operiren können, ist mir unerfindlich. Aber, wie gesagt, es ist nicht meine Absicht, auf diese Frage des Näheren einzutreten; ich halte eine Discussion über dieselbe für unfruchtbar. Ich verlasse überhaupt jetzt den Boden dieser abstracten Betrachtungen, und wende mich einem Gebiete zu, welches uns greifbare Gestaltungen darbietet.

§ 3.

Dieses Gebiet ist das Gebiet der Verkehrsinteressen. Für den neuen Lehrsatz wird mit Energie das Bedürfniß des Verkehrs geltend gemacht. Das Bedürfniß des Verkehrs verlange, daß Jeder sich auf eine ihm gegenüber abgegebene Willenserklärung verlassen können. Dieß ist der Standpunkt von Regelsberger, von Bähr, und im Wesentlichen auch der von Höver.

Ich bin nun weit davon entfernt, die Bedeutung der hiermit geltend gemachten Instanz zu verkennen. Das Recht ist nicht um seiner selbst willen und nicht um des durch seine Erkenntniß gewährten Vergnügens willen da. Es soll menschliche Bedürfnisse befriedigen und die Erreichung menschlicher Zwecke ermöglichen. Ich bestreite auch keinen Augenblick, daß es eine außerordentliche Erleichterung für den Verkehr ist, wenn die Trägerin und Vermittlerin des Verkehrs, die menschliche Willenserklärung, ein möglichst festes und unbezweifel-

7) S. 93.

bares rechtliches Dasein hat, wenn ihr rechtliches Gepräge so scharf ist, daß Jeder sich mit Leichtigkeit darüber unterrichten kann, ob das, was er erhält, nur ein Scheinwerth ist oder ein wirklicher Werth, wenn der Empfänger einer Willenserklärung beruhigt darüber sein kann, daß der Schluß, welchen er aus der seinen Sinnen wahrnehmbaren Erscheinung auf das Vorhandensein eines Willens zieht, richtig ist. Es ist hinzuzufügen, daß das moderne Recht eine entschiedene Neigung zeigt, den guten Glauben gegenüber der Wirklichkeit in der Weise zu begünstigen, daß es dem guten Glauben von dem Vorhandensein einer Thatsache die gleiche Wirkung beilegt, wie der Thatsache selbst. Hervorragende, Jedermann bekannte Züge dieser Neigung sind der öffentliche Glaube des Grundbuchs und der dem gutgläubigen Erwerber einer beweglichen Sache in größerem oder geringerem Maße gewährte Schutz. Alles dieses ist so wahr, als möglich. Gleichwohl glaube ich zwei Bemerkungen machen zu dürfen.

Die eine geht dahin, daß man denn doch alle Ursache hat, mit der Begünstigung des guten Glaubens im Verkehr vorsichtig zu sein. Sie ist ein zweischneidiges Schwert. Man wird nicht vergessen dürfen, daß man, was man mit der einen Hand gibt, mit der anderen Hand nimmt. Gewiß ist es für denjenigen, welcher erwerben soll, sehr angenehm, wenn er erwirbt, trotzdem daß eine Thatsache, welche seinen Erwerb rechtfertigen würde, nicht vorhanden ist, bloß deswegen, weil er in gutem Glauben angenommen hat, sie sei vorhanden. Aber in gleichem Maße ist es für denjenigen, welcher durch den Erwerb des Anderen verliert, empfindlich, wenn er verliert, obgleich eine seinen Verlust rechtfertigende Thatsache nicht vorhanden ist. Daß ein Fremder über meine Sache verfügt, ist keine Thatsache, welche meinen Eigenthumsverlust gerecht erscheinen läßt; nichts destoweniger soll sie meinen Eigenthumsverlust herbeiführen, damit die Interessen eines Dritten nicht geschädigt werden. Allerdings habe ich den Trost, daß vielleicht in einem andern Falle einem Eigenthümer sein Eigenthumsrecht zu meinen Gunsten genommen wird, damit meine Interessen nicht geschädigt werden. Aber jedenfalls ist in dem

einen oder dem anderen Falle begangen worden, was die Rechtsordnung selbst als Ungerechtigkeit anzuerkennen nicht umhin kann: also eine Compensation von Ungerechtigkeiten. Was im Besonderen den uns hier beschäftigenden Fall angeht, so wird es Niemand für an und für sich gerecht erklären wollen, daß ich verliere, obgleich ich nicht habe verlieren wollen, bloß deswegen, weil der Schein meines Willens vorhanden ist. Verliere ich nach der Bestimmung des Rechtes dennoch, so wird mir damit ein Opfer auferlegt, von dem doch wohl zu überlegen ist, ob es nicht für den Zweck, welcher damit erreicht werden soll, zu groß ist. Ich fürchte, man begibt sich mit der einseitigen Betonung des Interesse des Empfängers einer Willenserklärung auf eine abschüssige Ebene, auf welcher man zu Resultaten gelangt, welche das Rechtsgefühl beleidigen. Bähr⁸⁾ nimmt keinen Anstand, den Aussteller eines wider seinen Willen in Cours gelangten Wechsels dem gutgläubigen Indossatar und allen dessen Nachindossataren haften zu lassen, den Aussteller einer entwendeten Quittung für verpflichtet zu erklären, die auf die Quittung von dem gutgläubigen Schuldner geleistete Zahlung anzuerkennen. Ich wüßte nicht, wie die Konsequenz abgelehnt werden soll, daß auch derjenige, auf dessen Namen ein Wechsel oder eine Quittung gefälscht worden sind, verhaftet sei bez. die geleistete Zahlung anerkennen müsse. Das Interesse des Indossatars und des Schuldners ist in diesem Falle das gleiche, wie in jenen beiden oben genannten Fällen. Man wird vielleicht sagen, daß in dem Fälschungsfall gar keine Erklärung vorliege, sondern nur der Schein einer solchen, während in jenen beiden anderen Fällen jedenfalls eine Erklärung abgegeben sei. Aber ich glaube nicht, daß das Letztere richtig ist; die schriftliche Erklärung ist nicht eher abgegeben, bis der Schreiber sich des Geschriebenen entäußert hat⁹⁾. Auffallender Weise will Bähr den Fall anders entscheiden, wo Jemand, welcher ein Darlehen gegen Aushändigung eines zu

8) S. 413 fg.

9) Vgl. zu dem Gesagten auch Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr. XXIII S. 306. 307.

seinen Gunsten ausgestellten Schuldscheins zugesagt hat, dem Unterzeichner des Schuldscheins denselben, ohne das Darlehn gegeben zu haben, entwendet und einem Dritten cedirt; der Dritte soll in diesem Fall, „auch wenn er im besten Glauben sich befand“, keine Forderung gegen den Unterzeichner haben; „denn der Cessionar kann niemals mehr Rechte erwerben, als sein Cedent hatte“. Ich nenne diese von B ä h r gegebene Entscheidung auffallend; denn auf dem Standpunkte, auf welchen er sich gestellt hat, muß, wie mir scheint, Recht oder Nichtrecht des Uebertragenden vollkommen gleichgültig erscheinen. Der Erwerber darf nicht getäuscht werden; ich glaube nicht, daß es consequent ist, ihm zwar das Sichverlassen auf das Dasein des Willens zu gestatten, nicht aber das Sichverlassen auf das Dasein des Rechtes. Mit Sinnen wahrnehmen kann er das Recht so wenig, wie den Willen.

§ 4.

Stünde es aber auch vollkommen fest, daß das Bedürfnis des Verkehrs mit unabweislicher Nothwendigkeit einen Rechts-satz des Inhalts erheische, daß Jedermann sich auf die Zuverlässigkeit einer ihm hingegebenen Willenserklärung müsse verlassen können, so würde damit immer noch nicht bewiesen sein, daß ein solcher Rechts-satz wirklich vorhanden sei. Das Bedürfnis des Verkehrs ist keine Rechtsquelle. Auch würde ich den Schriftstellern, welche den neuen Lehr-satz vertheidigen, Unrecht thun, wenn ich aussprechen wollte, daß sie dieß verkannt haben¹⁰⁾. Sie haben es nicht unterlassen, sich nach anderen Beweismitteln umzusehen.

So beruft sich im Besonderen R ö v e r auf die „Natur der Sache“¹¹⁾. Die Willenserklärungen unter Lebenden seien bestimmt, Bindemittel zu sein; ein Bindemittel sei unbrauchbar, wenn man ihm seine Haltbarkeit nicht ansehen könne; es sei nicht anzunehmen, daß das Recht ein unbrauchbares Bindemittel hingeben wolle, so lange es ein besseres Bindemittel

10) Vgl. übrigens auch unten § 15.

11) S. 17 fg.

gebe; ein solches besseres Bindemittel sei eben die Willenserklärung als solche, unabhängig ob ihr der wirkliche Wille entspricht oder nicht. Aber ich fürchte, diese Argumentation trägt nicht weit. Denn wenn man auch darüber hinwegsehen will, daß die Brauchbarkeit eines Bindemittels weniger davon abhängt, daß es für haltbar gehalten wird, als davon, daß es haltbar ist: so ist doch die wirkliche „Natur der Sache“ keine andere als die, daß für die Rechtsverhältnisse einer Person maßgebend ist ihr Wollen, nicht aber der Schein ihres Wollens. Wenn die Rechtsordnung sich mit dem Schein des Wollens begnügt, so wird sie dafür ihre Gründe haben. Aber jedenfalls folgt sie, indem sie dieß thut, nicht mehr der Natur der Sache, sondern läßt sich durch die Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit bestimmen; ihre Vorschrift ist nicht mehr Folgerung aus anerkannten Principien, der Ausdruck der ratio iuris, sondern Sengung neuen Rechtes utilitatis causa, welches neue Recht eben nur deswegen Recht ist, weil es »auctoritate constituentium introductum est«¹²⁾.

Bei B ä h r¹³⁾ findet sich die Erwägung, „daß jeder Contrahirende sich sagen muß, daß sein innerer Wille von dem Gegenüberstehenden nur nach der äußeren Erscheinung dieses Willens bemessen werden kann, und daß er, indem er den Gegenüberstehenden veranlaßt, auf Grund dieser äußeren Erscheinung seines Willens ein Rechtsverhältnis einzugehen, auch in diese äußere Erscheinung seines Willens als für dieses Rechtsverhältnis maßgebend einwilligt“. Hiernach gäbe es gar keine Willenserklärung mit nicht gewolltem Inhalt; das in der Willenserklärung als gewollt Bezeichnete wäre immer, wenn auch nicht in der Entfaltung, doch in einer Einhüllung, und wenn auch nicht in erster Linie, doch eventuell, wirklich gewollt. Aber ich kann mir nicht denken, daß es B ä h r entgehen sollte, wie kühn, um nicht mehr zu sagen, der von ihm aufgestellte Satz ist. Es wird ja nicht bestritten werden dürfen, daß in

12) L. 14 D. de legib. 1. 3.

13) S. 400. Auch B ä h r verweist im Vorbeigehn (S. 401) auf die Natur der Sache. Es ist nicht klar, ob er dabei mehr die im Text bezeichnete Ausführung, oder mehr das Verkehrsbedürfnis im Sinne hat.

einem gegebenen Falle diejenige Auslegung, welche Bähr als maßgebend hinstellt, durch die Umstände dieses Falles gerechtfertigt sein kann; aber daß dies immer der Fall sein sollte, muß ich auf das Entschiedenste bestreiten. Man bedenke nur: auch wenn der Urheber einer Willenserklärung keine Ahnung davon hat, daß dieselbe möglicherweise ein nicht Gewolltes zum Ausdruck bringen könne, soll er dennoch bereit sein, sich ihr zu unterwerfen, er soll bereit sein, einen Willensinhalt für sich als maßgebend anzuerkennen, an dessen Möglichkeit er nicht gedacht hat? Auch scheint Bähr selbst zu seiner Aufstellung kein volles Vertrauen zu haben; denn er fügt hinzu: wir seien „kraft dieses Momentes berechtigt, und zum Schutz des bonafide-Verkehrs geradezu genöthigt, . . . die Annahme des Willens, sei es selbst mittelst einer Fiction, unter Umständen schon an die äußere Erscheinung des Willens zu knüpfen“. Mittelst einer Fiction; das heißt also: auch wenn wir erkennen, daß der Wille nicht vorhanden ist, nehmen wir ihn als vorhanden an — aus Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs.

§ 5.

Man sieht, aus Erwägungen allgemeiner Natur läßt sich für die Geltung des neuen Lehrsatzes nichts gewinnen. Es ist Zeit, daß wir den Quellen näher treten, und Mancher möchte vielleicht der Meinung sein, daß wir dieß schon zulange verjäumt haben.

Da zeigt sich nun, daß die neue Ansicht nicht nur durch keinen Anspruch der Quellen¹⁴⁾ ausdrücklich anerkannt ist, sondern daß ihr umgekehrt Ansprüche und Entscheidungen der Quellen entgegenstehen, welche zu beseitigen schwer, ja theilweise unmöglich sein möchte.

1) In L. 3 D. de reb. dubiis 34. 5 heißt es: »qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur«.

¹⁴⁾ Es ist hier nur vom gemeinen Rechte die Rede. Was die neueren Gesetzgebungen angeht, s. § 16.

Röber¹⁵⁾ setzt dieser Stelle entgegen, daß sie nur von letztwilligen Erklärungen rede. Beweis ist dafür nicht erbracht. Allerdings ist der Titel *de rebus dubiis* vorzugsweise ein erbrechtlicher Titel, aber nicht ausschließlich, s. l. 9. 13. 17. 18. 22. 27. Daß ferner in dem 14. Buche der *quaestiones* des Paulus, aus welchem Buche die Stelle entnommen ist, nicht bloß von erbrechtlichen Dingen die Rede war, zeigen l. 45 D. de adm. et per. 26. 7. l. 41 D. de re iud. 42. 1. Schall, welcher sich mit der von Röber vorgeschlagenen Auskunft nicht begnügen kann, da er seinen Satz auch für letztwillige Verfügungen aufstellt, sucht sich in einer Weise zu helfen, die ich mit seinen eigenen Worten referiren will, damit ich nicht Gefahr laufe, ihm Unrecht zu thun. Er sagt¹⁶⁾: „Die m. E. richtige und allein befriedigende Interpretation kann in folgender Uebersetzung gegeben werden: wer einen andern Rechtsgeschäftsbestand verwirklicht, als er will, sagt das, was das Wort bedeutet, nicht mit rechtlicher Wirkung, weil er nicht will, aber auch das nicht, was er will, weil er das nicht ausspricht“. Meinerseits will ich zugeben, daß die Beweisführung mit Quellaussprüchen so allgemeiner Art, wie der hier fragliche, immer etwas Mißliches hat, da die Möglichkeit nicht geleugnet werden kann, daß der Ausspruch aus seinem Zusammenhang losgerissen und dadurch zu einer ihm an und für sich nicht zukommenden Tragweite erhoben worden sei.

2) In l. 57 D. de O. et A. 44. 7 wird gesagt, daß wenn bei einem Vertrage »error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit«, der Vertrag nichtig sei. In anderen Stellen wird im Besonderen ausgesprochen, daß der Vertrag nichtig sei; wenn jede der vertragsschließenden Parteien an einen verschiedenen Gegenstand denke, § 23 I. de inut. stip. 3. 29. l. 83. § 1 l. 137 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 9 pr. D. de contr. emt. 18. 1. Ebenso bei Irrthum über die Substanz der Sache (wobei hier dahingestellt bleiben kann, was unter Substanz der

15) S. 31.

16) S. 58.

Sache zu verstehen ist), l. 9 § 2 l. 11. 14. 41 § 1 D. de contr. emt. 18. 1. Gegen die Beweiskraft dieser Stellen wird Folgendes eingewendet¹⁷⁾.

a) Es wird behauptet, sie seien nicht nothwendig von dem Fall zu verstehen, wo bei Uebereinstimmung der Erklärungen ein Contrahent die Erklärung des andern Contrahenten mißverstanden habe; es sei auch die Annahme möglich, daß sie den Fall im Auge hätten, wo die Erklärungen der Contrahenten auseinandergehen, und der Irrthum darin bestehe, daß jeder Contrahent sich über den Inhalt der von dem anderen Contrahenten abgegebenen Erklärung täusche. Diese Annahme ist schon an und für sich wenig wahrscheinlich. Wenn es in l. 9 pr. D. de contr. emt. heißt: »si . . . ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti«, so weist dieser Ausspruch schon seinem Wortlaute nach auf eine Differenz bloß der Willen, nicht auch der Erklärungen hin; jener andere Gedankeninhalt hätte folgendermaßen ausgedrückt werden müssen: si ego te fundum mihi vendere putarem Cornelianum, tu me emere Sempronianum putasti. Wird dann hinzugefügt: »idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti«, so legt die sonst ganz überflüssige Hinweisung auf die Abwesenheit des Kaufgegenstandes den Gedanken nahe, daß die für denselben gewählte Bezeichnung von dem einen Contrahenten anders verstanden worden sei, als von dem anderen. Und diese Annahme wird zur Gewißheit, wenn man in l. 83 § 1 D. de V. O. den Fall, um welchen es sich handelt, so bezeichnet findet: »si Stichum stipulatus de alio sentiam tu de alio«, oder gar in § 23 I. de inut. stip. folgendermaßen: »si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari crederis«. Ferner ist jeder Gedanke an die Möglichkeit einer Differenz der Erklärungen in dem in l. 14 D. de contr. emt. bezeichneten Fall ausgeschlossen, wo

17) Röver S. 39 fg., Schloßmann S. 115, Schall S. 52 fg. Was Bähr angeht s. den folgenden §, was Regelsberger § 11.

beide Contrahenten sich über die Substanz des Kaufgegenstandes irren.

b) Es wird ferner geltend gemacht, in den genannten Stellen sei „das Erforderniß der Erkennbarkeit für den Contrahenten zu ergänzen“, also es werde vorausgesetzt, daß die wahre Willensmeinung des irrenden Contrahenten dem anderen Contrahenten nicht verborgen sei. Hiergegen ist zu bemerken, daß dann die Verfasser der Stellen gerade den eigentlichen Grund ihrer Entscheidung verschwiegen, dagegen das für ihre Entscheidung Gleichgültige hervorgehoben haben würden. Denn gleichgültig soll ja nach der Ansicht, welche ihnen zugeschrieben wird, die Differenz zwischen Wille und Erklärung sein, sie soll es nur in dem Falle nicht sein, wo die Differenz dem anderen Contrahenten erkennbar ist. Wer diese Ansicht hegt, wird es dem möglich sein, eine Willenserklärung aus dem Grunde für ungültig zu erklären, weil der Wille der Erklärung nicht entspricht? Oder bildet es etwa die Regel, daß der Irrthum der einen vertragschließenden Partei der anderen offenbar sei, und ist das Gegentheil nur Ausnahme? Sodann: wenn eine vertragschließende Partei den Irrthum der anderen erkennt, wozu wird sie dann überhaupt einen Vertrag abschließen? Etwa in der Absicht, die andere Partei bei ihrem Worte festzuhalten, wo sie doch weiß, daß ihr dieß rechtlich nicht gestattet ist, oder, wenn sie es nicht weiß, von unredlicher Absicht geleitet wird? Ist die unredliche Absicht etwas so Regelmäßiges, daß sie stillschweigend vorausgesetzt werden darf?

c) Nur um die üble Lage zu kennzeichnen, in welcher sich die neue Lehre gegenüber den Quellen befindet, will ich kurz angeben, welches Auskunftsmittel R ö v e r für möglich gehalten hat. Consensus bezeichne in den Quellen regelmäßig den Consens der E r k l ä r u n g e n; die Gefahr liege nahe, „daß man einen Satz, in welchem von Willen in der Bedeutung von Willenserklärung die Rede ist, und welcher nur richtig ist, wenn man das den Willen bezeichnende Wort von einer Willenserklärung versteht, nun gelegentlich, wo es gerade so paßt, auch einmal in dem Sinne nimmt, als spräche er von dem

Willen an sich“. Dieser Gefahr seien die Verfasser der genannten Stellen unterlegen.

3) Nach l. 5 C. plus val. 4. 22 und l. 10 C. de don. 8. 54 kommt kein Vertrag zu Stande durch Unterzeichnung der Vertragsurkunde, über deren Inhalt sich der Unterzeichnende irrt: er glaubt, es sei in derselben von Miethe die Rede, während sie von Kauf spricht, oder von Schenkung des Grundstücks A, während nach Inhalt der Urkunde das Grundstück B geschenkt wird. Nun will ich die abstracte Möglichkeit nicht leugnen, daß bei dieser Entscheidung Kenntniß der anderen Vertragspartei von dem Irrthum des Unterzeichnenden vorausgesetzt werde, oder gar Betrug der anderen Vertragspartei (wie R ö v e r für l. 5 cit. behauptet). Die genannten Stellen enthalten Rescripte (von Diocletian und Maximian) und bei Rescripten bleibt es ja immer möglich, daß die entscheidenden Thatsachen nicht vollständig referirt seien. Aber zu bemerken ist denn doch auch hier, daß in beiden Rescripten nicht nur das Wissen des anderen Contrahenten nicht genannt, sondern umgekehrt das Nichtwollen des Unterzeichnenden ausdrücklich als Grund der Entscheidung angegeben wird. In l. 5 cit. heißt es: es kommt kein Kaufvertrag zu Stande, weil der Unterzeichnende einen Miethvertrag gewollt hat, und es kommt kein Miethvertrag zu Stande, weil der andere Contrahent einen Kaufvertrag gewollt hat. In l. 10 cit. wird die Entscheidung mit den Worten eingeleitet: »Nec ignorans nec invitus quisquam donat«. R ö v e r¹⁸⁾ (die andern genannten Schriftsteller sprechen von diesen Stellen nicht) hat auch hier einen ganz besonderen Gedanken. »Ignorans und invitus ist auch derjenige, der gezwungen eine Urkunde unterschreibt, ohne ihren Inhalt zu kennen, so wie auch derjenige, ohne dessen Wissen und Willen, d. h. ohne dessen Auftrag, ein anderer etwas thut“. In diesem Sinne also sei der Satz: nec ignorans nec invitus quisquam donat wahr; man dürfe sich nicht wundern, wenn er „nun auch einmal fälschlich da gebraucht wird, wo er diesen allein richtigen Sinn nicht haben kann, sondern wo

18) S. 44 fg.

man das *invitus* von demjenigen verstehen muß, der das nicht will, was er zu wollen erklärt“¹⁹⁾.

§ 6.

Bähr hat es unterlassen, auf die im Vorstehenden behandelten Quellaussprüche einzugehen. Er hat kein Bedürfnis empfunden, nachzuweisen, wie dieselben mit seiner Theorie in Einklang zu setzen seien. Es findet sich bei ihm die Bemerkung²⁰⁾, daß „die Hauptkraft der beiderseitigen Gründe überhaupt nicht in der Argumentation aus den Quellen“ liegt. Bähr wird gewiß nicht der Meinung sein, daß diese Bemerkung genügt, um die in den Quellen enthaltenen Gegengründe, falls solche vorhanden sind, zu beseitigen. Es ist also hier in seiner Beweisführung eine Lücke.

Andererseits beruft sich Bähr aber nun doch wieder auf die Quellen. Der von ihm aufgestellte Satz, sagt er, sei, wenn auch in den Quellen nirgends allgemein ausgesprochen, doch den Römern nicht fremd. Es seien im römischen Recht eine Anzahl von Anwendungsfällen dieses Satzes enthalten. Das in dieser Bezeichnung von Bähr Vorgebrachte²¹⁾ darf auf eine sorgfältige Prüfung Anspruch machen.

Der erste Fall, auf welchen sich Bähr beruft, ist der bekannte Fall, wo ein Gläubiger seinen Willen dahin erklärt hat, daß sein Schuldner mit befreiender Wirkung einem Dritten leisten dürfe, dann seinen Willen zurücknimmt oder stirbt, und der Schuldner in Unkenntnis dieser Thatsachen dem Dritten dennoch leistet. Der Schuldner wird hier nach der Entschei-

19) Ich berufe mich nicht auf l. 3 § 2 D. de O. et A. 44. 7, weil die Fälle dieser Stelle (Scherz- und Lehrfall) unzweifelhaft so gedacht sind, daß der andere Contractant das Nichtwollen kennt. Für den Fall der Simulation ist dieß sicher. Ebenjowenig will ich l. 18 § 1 und l. 32 D. de R. C. 12. 1 geltend machen, da es für die in diesen Stellen bezeichneten Fälle das Nächstliegende, jedenfalls Naheliegende, ist, Dissens der Erklärungen anzunehmen.

20) S. 399 Note 6.

21) S. 401 fg.

dung der Quellen²²⁾ frei. Ich halte es für ein Verdienst Bähr's, diese Entscheidung in den Zusammenhang der uns beschäftigenden Frage gestellt zu haben; daß aber durch sie die Frage im Sinne Bähr's gelöst sei, kann ich nicht zugeben. Ich mache in dieser Beziehung auf zweierlei aufmerksam.

a) Die Entscheidung der Quellen setzt voraus, daß eine dem wirklichen Willen entsprechende Erklärung einmal vorhanden gewesen sei: sind wir berechtigt, sie auf den Fall zu übertragen, wo eine solche Erklärung nie vorgelegen hat? Man wird sagen, der Irrthum, kraft dessen ein Schuldner annehme, es sei eine dem wirklichen Willen entsprechende Willenserklärung des Inhalts, daß er sich durch Leistung an einen Dritten befreien könne, abgegeben worden, könne unter Umständen in gleicher Weise entschuldbar sein, wie der Irrthum, kraft dessen er den Fortbestand des wirklich erklärten Willens annehme, und ich will das nicht bestreiten. Aber andererseits wird man doch nicht so weit gehen dürfen, den Schuldner in jedem Fall befreit werden zu lassen, wo er in entschuldbarem Irrthum einer zum Empfang nicht berechtigten Person geleistet hat. In einer Reihe von Quellenstellen wird der in gutem Glauben einem zum Empfang nicht Berechtigten leistende Schuldner auf die Rückforderung des Geleisteten verwiesen, oder es wird geradezu ausgesprochen, daß der Schuldner nicht befreit werde²³⁾. Von einer Unterscheidung zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum ist hier keine Rede, einer Unterscheidung, welche um so näher gelegen hätte, da es sich um die Begründetheit der *condictio indebiti* handelt. Jedenfalls also wird hier eine Grenze zu ziehen sein, und ich für meinen Theil möchte im Besonderen in dem Fall, wo der Schuldner auf eine gefälschte oder dem Gläubiger entwendete Vollmacht leistet,

22) L. 12 § 2 l. 32 i. f. l. 34 § 3 l. 38 § 1 D. de solut. 46. 3, l. 26 § 1 D. mand. 17. 2, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5; l. 18. 32. 35. 51 D. de solut. 46. 3, l. 3 C. eod. 8. 43, l. 26 § 8 D. de cond. ind. 12. 6, § 10 I. de mand. 3. 27.

23) L. 34 § 4 l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, l. 80 § 7 D. de furt. 47. 2, l. 8. C. de cond. ind. 4. 5.

weil hier nicht einmal eine Erklärung vorliegt, Befreiung nicht eintreten lassen ²⁴⁾.

b) Das Hauptgewicht aber lege ich auf Folgendes. Die hier fragliche Entscheidung setzt voraus, daß derjenige, welcher sich über den Inhalt des fremden Willens täuscht, in Folge dieser Täuschung eine Aufopferung gemacht habe. Diese Aufopferung soll er nicht verlieren, und damit er sie nicht verliere, wird ihm das dafür erhoffte Äquivalent gegeben, obgleich er nach dem wirklichen Willen des Urhebers der Willenserklärung keinen Anspruch darauf hat. Zu diesem Ende wird, um mit Bähr zu reden, der nicht vorhandene Wille als vorhanden „fingirt“, aber auch nur zu diesem Ende. Die l. 15 D. mand. 17. 2 gibt die actio mandati contraria, welcher die eintretende Befreiung des Schuldners entspricht, deswegen »ne damno adficiatur is qui mandatum suscepit«, und ebenso wird in § 10 I. de mand. 3. 27 als Grund der actio mandati contraria angegeben: »alioquin iusta et probabilis ignorantia tibi damnum adferret«. An diesem Erfordernisse der eingetretenen Vermögensaufopferung muß bei jeder Ausdehnung der fraglichen Quellenentscheidung festgehalten werden; es fallen zu lassen, wäre reine Willkür. Hält man aber daran fest, so gelangt man bei Verträgen, welche auf Gewährung eines Ersatzes für eine zu machende Aufopferung nicht gerichtet sind, nicht zur Gültigkeit des Vertrags, sondern höchstens zum negativen Vertragsinteresse. Ob die Verpflichtung zur Leistung des negativen Vertragsinteresse sich wirklich aus der hier besprochenen Entscheidung rechtfertigen läßt, ist eine an diesem Punkte nicht zu erörternde Frage; die Verpflichtung, den nicht abgeschlossenen Vertrag zu erfüllen, läßt sich aus derselben nicht rechtfertigen. Der Käufer, oder Verkäufer, der Miether oder Vermiether, welcher Vollziehung des Vertrages verlangt, will nicht zurückerlangen, was er verloren hat, er will erlangen, was er noch nicht gehabt hat. Er will

24) Vgl. Bähr S. 415. 415. und aus den Quellen noch l. § 32 dep. 16. 3, l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

es erlangen gegen eine von ihm zu machende Aufopferung; aber diese Aufopferung dünkt ihm geringer, als was das zu Erlangende für ihn werth ist, sonst würde er es nicht fordern. B ä h r selbst ist geneigt, von seinem Satz eine Ausnahme zu machen für den Fall, wo derselbe dazu führen würde, einer Vertragspartei einen „reinen Gewinn“ zu verschaffen. Ich weiß nicht, ob nicht B ä h r mit diesem Zugeständniß seinem Satz den Boden unter den Füßen weggezogen hat. Auch wer einen entgeltlichen Vertrag abschließt, will, wenn auch keinen reinen Gewinn machen, doch seine Lage verbessern, sonst würde er den Vertrag nicht abschließen. Zwischen der reinen Vermögensverminderung und der reinen Vermögensvermehrung steht in der Mitte der Austausch von Gütern, welcher der Person vortheilhaft ist oder erscheint. Auch wer die Vollziehung eines solchen Austausches verlangt, will sich einen Vortheil verschaffen, von welchem der Andere durch sein Widerstreben bekundet, daß er für ihn ein Nachtheil sei. B ä h r erinnert an andere Entscheidungen des römischen Rechts²⁵⁾, durch welche dem guten Glauben Schutz gewährt werde zwar nicht zu Gunsten des unentgeltlichen, wohl aber des entgeltlichen Erwerbes. Aber diese Entscheidungen beziehen sich auf Fälle, in denen der entgeltliche Erwerber, wenn ihm kein Schutz gewährt würde, das Erworbene mitsammt seiner Gegenleistung verlieren oder zu verlieren Gefahr laufen würde und davon ist im vorliegenden Fall keine Rede²⁶⁾.

§ 7.

Nicht anders als mit dem bisher besprochenen Fall verhält es sich mit dem zweiten Fall, in welchem B ä h r eine Anwendung des von ihm behaupteten Satzes sieht. Es ist der Fall des Institor, aus dessen Geschäften derjenige, welcher ihn

25) L. 4 § 29. 31 D. de dol. exc. 44. 4. L. 6 § 11 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

26) Den gleichen Sinn hat das von B ä h r ferner angezogene Preussische Gesetz über den Eigenthums-Erwerb vom 5. Mai 1872 § 9. Weiter geht allerdings das Preussische Gesetz über die Erbbescheinigungen vom 12. März 1869 § 6.

angesezt hat, haftet trotz der Zurücknahme oder Beschränkung der dem Institor durch die Ansetzung erteilten Ermächtigung, wenn diese Zurücknahme oder Beschränkung nicht gehörig zur Kunde gebracht worden ist²⁷⁾. Ich sage, es verhalte sich mit diesem Fall nicht anders als mit dem zuvor betrachteten. Denn auch in diesem Fall handelt es sich einmal um das Aufhören eines Willens, welcher früher vorhanden gewesen ist, und sodann um Schutz gegen Vermögensverlust. Die Aufopferung, welche in diesem Falle gemacht worden ist, besteht darin, daß einem Menschen Credit gegeben worden ist, welchem kein Credit gegeben worden sein würde, wenn nicht angenommen worden wäre, daß hinter ihm ein Zahlungsfähiger als zweiter Schuldner stehe.

§ 8.

Bähr hat sich nicht darauf beschränkt, Anwendungsfälle des von ihm behaupteten Satzes aus dem römischen Recht namhaft zu machen; er fügt andere Anwendungsfälle hinzu²⁸⁾, die zwar nicht im römischen Recht ausdrücklich anerkannt seien, die aber „so sehr in der Natur der Dinge liegen, daß wohl Niemand sich ihrer Anerkennung verschließen wird“.

Hierher rechnet Bähr zuerst den Fall, wo Jemand eine Vollmacht zu einem nur allgemein bezeichneten Geschäft ausstellt, daneben aber dem Bevollmächtigten besondere Instructionen gibt; er müsse die nach dieser Vollmacht vorgenommenen Handlungen seines Bevollmächtigten gegen sich gelten lassen, wenn sie auch der erteilten Instruction nicht entsprächen. Muß er es wirklich? Ich glaube, es wird unterschieden werden müssen. Wie liegt der Fall? Durch die Ausstellung der Vollmacht ist erklärt worden, daß der Vertrag so, wie der Vorzeiger der Vollmacht denselben abschließen werde, dem Willen des Vollmachtgebers entspreche; hinterher, oder vielleicht gleichzeitig, wird das Gegentheil erklärt. In einem solchen Fall kann nun möglicherweise dem Aussteller der Vollmacht Arglist

27) L. 11 § 2—5 D. de inst. act. 14. 3.

28) S. 402 fg.

zur Last fallen. Dann liegt ein besonders gearteter Fall der Mentalreservation vor. Jemand erklärt (durch den Mund seines Bevollmächtigten) etwas für seinen Willen, wovon er weiß, daß es sein Wille nicht ist. Von der Mentalreservation spreche ich hier nicht; sie wird sogleich einer besonderen Betrachtung unterzogen werden, und auch Bähr spricht von derselben abge sondert. Der Fall ist also hier so zu denken, daß der Aussteller, wenn auch vielleicht unüberlegter Weise, doch in gutem Glauben, der ausgestellten allgemeinen Vollmacht eine beschränkende mündliche Instruction hinzufügt. Dann aber sehe ich auch keinen Grund ein, weshalb der von dem Bevollmächtigten gegen die Instruction abgeschlossene Vertrag für den Aussteller der Vollmacht verbindlich sein sollte. Er ist doch eben nicht mit seinem Willen abgeschlossen worden, und die Behauptung, daß er dennoch an denselben gebunden sei, weil der andere Contrahent habe annehmen müssen, daß der Vertrag mit seinem Willen abgeschlossen werde, ist eben — Behauptung. Wir kommen damit nicht weiter. Es wird natürlich vorausgesetzt, daß der andere Contrahent nicht etwa Ersatz für eine Aufopferung verlange, die er deshalb gemacht hat, weil er sich auf das Zustandekommen des Vertrags verlassen hat, sondern eben Erfüllung, also z. B. Erfüllung eines ihm günstigen Vergleichs, welchen er mit dem Bevollmächtigten auf Grund der schriftlichen Vollmacht abgeschlossen hat.

Eine fernere Anwendung des von ihm behaupteten Satzes sieht Bähr in dem Fall, wo Jemand eine Urkunde unterschreibt, und hinterher sich darauf beruft, er habe dieselbe oder einzelne Stellen darin nicht gelesen und nicht gekannt; mit diesem Einwand werde er gar nicht gehört. Ich wiederhole das vorhin ausgesprochene Bedauern, daß Bähr es nicht für angezeigt gehalten hat, diese seine Behauptung gegenüber l. 4 C. plus vadere und l. 10 C. de don. zu rechtfertigen. Uebrigens soll nicht geleugnet werden, daß unter Umständen in der That der Unterzeichner einer Urkunde sich nicht damit vertheidigen kann, daß er den Inhalt der Urkunde ganz oder theilweise nicht gekannt habe. So namentlich in dem Fall nicht, wo nachgewiesen werden kann, daß es seine Absicht gewesen ist,

sich dem Inhalt der Urkunde, von welcher Art er auch sein möge, zu unterwerfen. Ferner kommt in Betracht der mögliche Einfluß einer ihm zur Last fallenden Verschuldung, wovon unten im Besonderen gesprochen werden wird. Aber um besondere Umstände dieser Art handelt es sich hier nicht. Hier steht lediglich zur Frage, ob die bloße Thatsache, daß die andere Vertragspartei in gutem Glauben angenommen habe, daß der Unterzeichner den Inhalt gekannt habe, genügt, um den Unterzeichner haftbar zu machen, und das kann nicht zugestanden werden.

§ 9.

Des Weiteren beruft sich B ä h r auf folgende zwei Fälle. Wer mit einer öffentlichen Anstalt contrahire, welche die Bedingungen ihrer Vertragsschließung in Statuten, Regulativen, oder auch in den von ihr ausgegebenen Urkunden, Billeten u. s. w. veröffentlicht habe, sei an diese Bedingungen gebunden, sollte er auch die Veröffentlichung nicht gekannt und deswegen in dem Glauben gestanden haben, auf andere Bedingungen zu contrahiren. Ferner: wenn bei einer öffentlichen Versteigerung die Vertragsbedingungen vor Beginn der Versteigerung durch Vorlesen bekannt gemacht worden seien, so könne ein später Hinzukommender sich nicht darauf berufen, daß er die Bedingungen nicht gekannt habe.

In Beziehung auf diese beiden Fälle habe ich zu bemerken, daß ich die von B ä h r gegebene Entscheidung nicht beanstande. Ich glaube, daß B ä h r Recht hat, wenn er die gegebene Entscheidung als durch das Rechtsgefühl mit zwingender Nothwendigkeit geboten ansieht. Aber nöthigt uns dieses Rechtsgefühl, den von B ä h r vertheidigten Satz anzunehmen? Wenn wir der Gründe, welche uns zu der bezeichneten Entscheidung treiben, uns bewußt zu werden versuchen, finden wir für dieselbe keine andere Rechtfertigung, als in dem Satze, daß das, was eine Vertragspartei in gutem Glauben als von der anderen Partei gewollt annimmt, für die rechtliche Beurtheilung wirklich gewollt sei? Ich glaube nicht. Zunächst wird gewiß, wer jene Entscheidung trifft, durch die Erwägung ge-

leitet werden, daß es unbillig sein würde, wenn der Versteigerer, die öffentliche Anstalt zc. dadurch in Schaden gerathen sollte, daß sich der Vertrag als nicht bindend für den anderen Contrahenten herausstellt. Sofort wird er sich dann zum Bewußtsein bringen, daß diese Instanz nicht maßgebend sein könne, da es sich um den Ersatz eines Schadens, welchen der Versteigerer zc. erleiden würde, wenn der Vertrag nicht aufrecht erhalten würde, nicht handele, sondern um die Aufrechterhaltung des Vertrags schlechthin. Er wird sich aber hierauf Antwort geben mit der Frage, ob nicht angenommen werden müsse, daß, wer in der bezeichneten Weise bietet, der Post oder der Eisenbahn etwas zur Beförderung übergibt, dieß in dem Sinne thue, daß er sich den von der Post und der Eisenbahn aufgestellten Bedingungen, welche dieselben auch sein mögen, unterworfen haben wolle. Wenn dann die Erwägung sich aufdrängt, daß dieß nicht nothwendig sei, daß es immerhin möglich sei, daß der Bietende zc. an aufgestellte Bedingungen gar nicht gedacht habe, so wird darauf die Antwort bereit sein, daß in einem solchen Benehmen jedenfalls eine so grobe Fahrlässigkeit liege, daß es aus diesem Grunde billig sei, daß der Bietende zc. an dem Vertrage festgehalten werde. Endlich wird auch die Betrachtung sich geltend machen, daß es sich hier handele um ein *Sasagen* auf eine Willenserklärung, deren näherer Inhalt durch eine öffentliche Bekanntmachung angegeben worden ist, und der Entscheidende wird sich fragen, ob nicht gerade hierin die eigentliche Rechtfertigung für die sich ihm aufdrängende Entscheidung gefunden werden müsse. Er wird sich erinnern an l. 11 § 3 D. de inst. act. 14. 3, wo es heißt, daß der Geschäftsherr aus der Anstellung des *Institor* nicht hafte, wenn er seinen Willen, nicht haften zu wollen, durch öffentliche *proscriptio* bekannt gemacht habe. »*Certe si quis dicat, ignorasse literas vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur*«. Muß man nicht annehmen, daß wer zum *Publicum* redet, wo er im gegebenen Fall nach rechtlicher Anerkennung zum *Publicum* reden darf, eben dadurch für die Annahme des Rechts jeden Einzelnen aus dem *Publicum* zum Wissenden mache?

Und alle diese Momente — freiwillige Unterwerfung, Verschuldung, Oeffentlichkeit der Vertragsproposition — sollen nun gestrichen werden, und wir sollen bereit sein, uns zu sagen, daß wir die gleiche Entscheidung treffen würden, auch wenn keines derselben vorhanden wäre? Ich halte das für unmöglich.

§ 10.

Anders als mit den bisher betrachteten Fällen verhält es sich mit einem ferneren Fall, welchen Bähr für sich anführt, den Fall der Mentalreservation, oder, wie man sich auch ausdrückt, der einseitigen Simulation. Es ist dieß der Fall, wo Jemand zum Zweck der Täuschung des Gegenüberstehenden etwas als gewollt erklärt, was er nicht will.

Ich betrachte es als einen nicht zu leugnenden Satz, daß die Mentalreservation unwirksam ist, d. h. daß der Urheber einer Willenserklärung sich nicht mit der Berufung auf eine Mentalreservation verteidigen kann²⁹⁾. Ist damit nun die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Willen anerkannt?

Es kommt darauf an, wie man über den Grund der Unwirksamkeit der Mentalreservation denkt. Es gibt zwei Ansichten über diesen Grund, nach welchen in jener Unwirksamkeit eine solche Anerkennung nicht liegt.

Die erste dieser Ansichten findet den Grund der Unbeachtlichkeit der Behauptung einer Mentalreservation darin, daß diese Behauptung nicht bewiesen werden könne. Das Recht legt also nach dieser Ansicht der abgegebenen Erklärung deswegen Wirkung bei, weil es den Schluß aus derselben auf das Vorhandensein des als Wille Erklärten für unwiderleglich hält. Diese Ansicht habe ich selbst früher geäußert; ich verteidige sie nicht mehr³⁰⁾. Der Beweis, daß in Folge einer

29) Obgleich, wie man weiß, dieser Satz in den Quellen des römischen Rechts nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, und eine päpstliche Decretale (c. 26 X. de spons. 4. 1) gegen ihn entschieden hat („woraus aber gewiß Niemand geneigt sein wird, ein Rechtsprincip zu bilden,“ Savigny System III § 134 Note a).

30) Gegen dieselbe ausführlich Röver S. 49 fg.

Mentalreservation das als gewollt Erklärte nicht gewollt sei, wird immer schwierig, aber unter Umständen nicht unmöglich sein. Und wie, wenn der Gegner der Behauptung der Mentalreservation nicht widerspricht?

Die zweite jener Ansichten geht dahin, daß die Behauptung einer Mentalreservation einen logischen Widerspruch enthalte, und deswegen von selbst hinfällig sei. Trotz dieser Behauptung stehe es sofort fest, daß der geleugnete Wille wirklich vorhanden gewesen sei. Diese Ansicht hat einen energischen Vertreter in K o h l e r³¹⁾ gefunden. Sie fußt auf derjenigen Auffassung der Willenserklärung, welche ich selbst oben als die richtige vertreten habe; aber diese Auffassung ist in ihr auf eine Spitze getrieben, welche nach meiner Ansicht unhaltbar ist. Die Willenserklärung, sagt K o h l e r, ist Willensaction; es ist unmöglich, daß eine Willensaction zugleich sei, und nicht sei; daß der Wille zugleich agire und nicht agire, ist „ebenso unmöglich, als es ist, daß der Mörder einen Streich führt und nicht führt“. Nichts kann richtiger sein als dieses. Aber die Frage ist ja eben die, ob bei der Mentalreservation eine Willensaction stattfindet, d. h. eine Willensaction in der Richtung auf Hervorbringung der in der Erklärung bezeichneten rechtlichen Wirkungen. Was bei der Mentalreservation ganz unzweifelhaft stattfindet, ist eine Willensaction in der Richtung auf Hervorbringung der Erklärung. Hier paßt der Vergleich K o h l e r's. Wer mit Bewußtsein eine Erklärung abgibt, kann ebensowenig sagen, daß er die Erklärung nicht gewollt habe, wie der Mörder, welcher mit Bewußtsein den Streich führt, sagen kann, daß er den Streich nicht gewollt habe. Auch eine Willensaction in der Richtung auf Hervorbringung der in der Erklärung bezeichneten rechtlichen Wirkungen kann bei der Mentalreservation stattfinden. Aber damit sie wirklich stattfinde, ist erforderlich, daß der Urheber der Willenserklärung Bewußtsein davon habe, daß die Rechtsordnung trotz der Mentalreservation an seine Erklärung rechtliche Wirkungen anknüpft. Hat er dieses Bewußtsein nicht, so hat er eben nur die Er-

31) Jahrb. f. Dogm. XVI S. 90 fg.

Ab. 63. N. F. Bd. 13. S. 1.

klärung gewollt, nicht auch die rechtlichen Folgen derselben. Die Hauptsache aber ist, daß auch dieses Bewußtsein nur möglich ist unter der Voraussetzung, daß der Rechtsatz bereits besteht, von dem gefragt wird, aus welchem Grunde ihn die Rechtsordnung eingeführt habe, der Rechtsatz, daß die Mentalreservation unwirksam ist. Nun kann man aber den Grund der Einführung eines Rechtsatzes nicht in einer Thatsache sehen, welche nicht vorhanden ist, wenn der Rechtsatz nicht vorhanden ist.

Der Grund der Unwirksamkeit der Mentalreservation liegt also weder darin, daß das behauptete Nichtwollen unbeweisbar, noch darin, daß es unmöglich ist. Sondern er liegt darin, daß die Mentalreservation eine Lüge enthält, und Niemand sich zu seiner Verteidigung darauf berufen darf, daß er gelogen habe. Man könnte nun zwar sagen wollen, daraus, daß Jemand einem Andern mit Bewußtsein die Unwahrheit sage, folge nur seine Verpflichtung zum Ersatz des aus seiner Lüge dem Andern erwachsenen Schadens, es folge daraus nicht seine Verpflichtung, das Unwahre als wahr gegen sich gelten zu lassen. Es ist auch die Berechtigung dieser Entgegensetzung im Principe anzuerkennen, also anzuerkennen, daß in der Festhaltung des Lügenden an seinem Worte ein Sprung liegt. Aber dieser Sprung läßt sich durch die Analogie von Quellenentscheidungen rechtfertigen. In l. 30 § 1 D. de A. E. V. 18. 1, heißt es, daß derjenige, welcher mir eine fremde Sache wissend, daß sie eine fremde Sache sei, verkauft, mir hafte »in id quanti mea intersit meam esse factam«, also auf das Erfüllungsinteresse. Ebenso gibt einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse l. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 dem Käufer eines durch Brand zerstörten Hauses, wenn der Verkäufer die Zerstörung kannte, der Käufer nicht (vorausgesetzt daß wenigstens noch ein Theil des Hauses steht, welche Voraussetzung aber die Beweisraft der Stelle für die hier vorliegende Frage nicht abschwächt). Einen anderen Einwand gegen die hier vertretene Ansicht macht K o h l e r. Er ist daher genommen, daß die erzwungene Willenserklärung nicht nichtig sei, während doch die Täuschung des Gegners erlaubt sein

müsse zum Zwecke der Selbstvertheidigung. Das soll nicht geleugnet werden; aber es muß bemerkt werden, daß im Falle des Zwanges das Nichtwollen des Gezwungenen in keiner Weise sicher ist, vielmehr umgekehrt bis auf Weiteres dabei stehen geblieben werden muß, daß das als gewollt Erklärte auch gewollt sei, daß der Erklärende sich durch den Zwang zum Wollen habe bestimmen lassen, und nicht bloß zur Erklärung. Läßt sich aber das Nichtwollen nachweisen, so glaube ich, daß in diesem Falle allerdings die erzwungene Willenserklärung für nichtig erklärt werden müsse, wie denn bekanntlich auch die herrschende Meinung diese Entscheidung in I. 6 § 7 D. de A. v. O. H. 29. 2 findet³²⁾.

Es ist also mit Bähr anzuerkennen, daß das Recht, indem es der Mentalreservation die Wirksamkeit abspricht, einer Willenserklärung ohne Willen Wirkung beilegt. Aber es thut dieß auch für einen ganz präcis abgegrenzten Fall — für den Fall der Arglist des Urhebers der Willenserklärung.

§ 11.

Hiermit ist fester Boden in der hier zu untersuchenden Frage gewonnen. Der Umstand allein, daß der Empfänger einer Willenserklärung, welcher der wirkliche Wille nicht entspricht, in gutem Glauben angenommen hat, daß sie der Ausdruck des wirklichen Willens sei, reicht nicht hin, um ihm das Recht zu geben, die Willenserklärung als gültig zu behandeln; es muß hinzukommen, daß den Urheber der Willenserklärung eine Schuld treffe. Und was die erforderliche Qualität dieser Schuld angeht, so ist nun zunächst festgestellt, daß der Urheber der Willenserklärung haftet im Falle der Arglist.

Da erhebt sich nun die Frage: haftet er nur im Falle der Arglist? Haftet er nicht auch im Falle der Nachlässigkeit? Angestreift ist diese Frage bereits im Vorstehenden worden; hier ist sie zu beantworten.

Ehe ich ihre Beantwortung versuche, will ich bemerken,

32) — »qui fallens adicit hereditatem«. S o h l e r und ebenjo S c h l o s s m a n n Lehre vom Zwange S. 46 fg., erklären jetzt fallens = heimlich.

daß die im Eingang dieser Abhandlung genannten Schriftsteller theilweise ihrerseits geneigt sind, den von ihnen aufgestellten Satz, daß die Erscheinung des Willens gleich dem Willen wirke, auf den Fall zu beschränken, daß den Urheber der Willenserklärung eine Schuld trifft. Insofern also die aufgeworfene Frage zu bejahen sein möchte, würde sich im Resultate eine Uebereinstimmung zwischen der Ansicht jener Schriftsteller und der hier vertretenen herausstellen. Was die einzelnen Schriftsteller angeht, so macht keine Concession Schall, ebensowenig Röver, obgleich derselbe bei der Deduction sich darauf beruft, daß es unbillig sein würde, den irrenden Contrahenten auch im Falle der Unentschuldbarkeit seines Irrthums frei zu lassen. Bähr³³⁾ hält fest an dem Thering'schen Begriff der culpa in contrahendo: „dem Erklärenden muß die äußere Erscheinung des Willens zuzurechnen sein, ohne daß es freilich auf ein eigentliches Verschulden im gewöhnlichen Sinne ankommt“. „Der leitende Gedanke scheint mir der: mag auch der Erklärende relativ sehr unschuldig sein, so ist doch der ihm Gegenüberstehende noch weit unschuldiger“. Bei Schloßmann findet sich³⁴⁾ die Bemerkung, daß „das Erforderniß der Erkennbarkeit für den Mitcontrahenten . . . zuweilen durch den Nachweis der Entschuldbarkeit des Irrthums ersetzt werden kann“. Am weitesten geht Regelsberger; er will im Falle des Irrthums Verhaftetsein des Urhebers der Willenserklärung nur dann eintreten lassen, wenn demselben grobe Nachlässigkeit zur Last fällt.

Wie also ist die aufgeworfene Frage zu beantworten? Wir folgen am besten dem von Regelsberger vorgezeichneten Weg, und sprechen zuerst von dem Fall grober Nachlässigkeit (lata culpa).

Es wird bekanntlich von neueren Schriftstellern eindringlich dagegen gewarnt³⁵⁾, die lata culpa ohne Weiteres dem

33) S. 407.

34) S. 115.

35) Wächter Württemb. Privatr. II § 112 Note 12. Unger Oesterr. Privatr. II § 102 Note 20. Goldschmidt Lucca-Pistoja-

dolus gleichzustellen. Diese Warnung hat auch gewiß ihre volle Berechtigung was die Uebertragung der einem dolösen Verhalten gedrohten Strafen angeht. Von der andern Seite geht man aber zu weit, wenn man die Gleichstellung von dolus und lata culpa auf den Fall beschränken will, wo es sich um die Verhaftung des Schuldners in einer bereits constituirten Obligation handelt³⁶⁾. Hiergegen sprechen folgende Quellenentscheidungen, in welchen theilweise die lata culpa sogar einer auf den dolus gesetzten Strafe unterworfen wird.

1) Von der auf das Doppelte gehenden Klage gegen den im Testamente freigelassenen Sklaven, welcher vor Antritt der Erbschaft, also zu einer Zeit, wo er noch Sklave war, eine Erbschaftssache entwendet oder beschädigt hat, heißt es in l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4: »Non alias tenebitur iste libertus, quam si dolo quid dissipasse proponatur. Culpa autem negligentiaque servi post libertatem excusata est, sed culpa dolo proxima dolum repraesentat«.

2) Die Strafe der Absetzung (suspecti remotio) trifft nach l. 7 § 1 D. de susp. tut. 26. 10 nicht bloß den ungetreuen Vormund, sondern tritt ein auch »si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, qui ista prope fraudem accedit«³⁷⁾.

3) Mit dem mensor wird nach römischer Vorstellung kein Contract abgeschlossen, weder locatio et conductio, noch mandatum. Daher die gegen ihn gewährte Klage »dolum malum tantum exegit: visum est enim satis abundeque coerceri

Actien-Streit S. 20. 81. F h e r i n g Jahrb. f. Dogm. IV S. 12. v. B a r in Grünhuf's Zeitschr. IV S. 66.

36) Vgl. auch B i n d i n g Normen II S. 383 fg., welcher Schriftsteller freilich der Ansicht ist, daß die Quellen mit dem Ausdruck lata culpa nicht eine Art der Nachlässigkeit, sondern einen Fall des Vorjages bezeichnen. Ich theile diese Ansicht nicht, kann dieß aber hier nicht näher ausführen.

37) Andere Stellen lassen sie eintreten in Folge von culpa oder negligentia überhaupt, § 6 I. de susp. tut. l. 26, l. 9 D. eod. 5. 43, l. 2 § 41 D. ad SC. Tert. 38. 17. Vgl. R u d o r f f Recht der Vormundschaft III S. 192. 199.

mensorem, si dolus malus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est«. Es ist also kein Anspruch gegen ihn begründet, wenn er »imperite versatus est« oder »negliger«. »Lata culpa plane dolo comparabitur«. L. 1 § 1 D. si mensor 11. 6.

4) Der Verkäufer einer Erbschaft soll nach l. 2 § 5 D. de H. v. A. V. 18. 4 Ersatz geben für Verminderungen der Erbschaft, welche er dolo malo vorgenommen hat. Dann wird hinzugefügt: »sed et si non dolo malo sed lata culpa admisserit aliquid, utique tenebitur«. Dieser Ausspruch bezieht sich nicht auf Verminderungen, welche nach dem Verkauf vorgenommen worden sind, sondern auf Verminderungen vor dem Verkauf der Erbschaft, also aus einer Zeit, wo ein Obligationsverhältnis für den Erben noch nicht bestand. Nach dem Verkauf haftet der Erbe wegen omnis culpa, und s. § 3 i. f. eod.: »sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit«.

5) Die actio ad exhibendum geht bekanntlich auch gegen denjenigen qui dolo desiit possidere. Zu l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4 wird nun der Fall behandelt, daß Geldstücke dem Einen zum Nießbrauch vermacht sind, einem Andern bedingt zum Eigenthum, und der Erbe dem Nießbraucher die Geldstücke herausgibt, ohne sich die Nießbrauchscautio bestellen zu lassen. Es wird dem Eigenthumslegatar nach eingetretener Bedingung die actio ad exhibendum gegen den Erben gegeben »quasi dolo fecerit quo minus possideret; dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario effectumque est, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis«³⁸⁾. Die Klage gegen den argentarius auf Edition seiner Bücher gibt l. 8 pr. D. de edendo 2. 13 ausdrücklich auch im Fall der »culpa dolo proxima«.

Auf Grund dieser Entscheidungen glaube ich, darf mit der Anerkennung nicht zurückgehalten werden, daß wir im Sinne der Quellen handeln, wenn wir auch in dem hier vorliegenden Falle die grobe Nachlässigkeit und Unbedachtsamkeit der

38) Vgl. D e m e l i n Exhibitionspflicht S. 190.

Arglist gleichstellen, und wegen derselben den Urheber einer den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Vertragserklärung haften lassen, wie wegen Arglist. Wir gehen damit weiter, als daß wir den Urheber der Willenserklärung bloß zum Ersatz des von ihm verursachten Schadens verpflichteten; wir verpflichten ihn zur Erfüllung eines Versprechens, welches er nicht gegeben hat. Aber damit legen wir ihm immer noch keine eigentliche Strafe auf; wir wollen ihm kein Uebel anthun zur Vergeltung für ein begangenes Unrecht. Wir verlangen von ihm die Befriedigung einer in dem anderen Contractanten erregten Erwartung. Die Thatsache dieser Erwartung allein ist uns kein hinreichender Grund, denjenigen, aus dessen Handlung sie geschöpft worden ist, als Vollenden zu behandeln, obgleich er nicht gewollt hat; in Verbindung mit einer demselben zur Last fallenden groben Verschuldung wächst sie uns zu einem genügenden Grund heran.

Hiernach würde ich namentlich auch im Fall des s. g. unechten Irrthums für den Fall, daß derselbe auf grober Nachlässigkeit beruht, Verpflichtung des Irrthenden zur Erfüllung des Vertrages annehmen. Daß es im Fall des s. g. unechten Irrthums nicht der Irrthum ist, welcher den Vertrag ungültig macht, ist kein Gegengrund. Man sagt: weil nicht der Irrthum es ist, welcher den Vertrag ungültig macht, sondern die Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung, kann es auf die Qualität des Irrthums nicht ankommen. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt die Sache aber so, daß das Recht denjenigen, von dem es anerkennt, daß er nicht gewollt hat, wegen einer gewissen Dualität des Irrthums als Vollenden behandelt³⁹⁾. Was sodann den Fall des Scherzes angeht, so würde ich zwar nicht so weit gehen, denjenigen, der

39) Die in § 5 besprochenen Quellenstellen dürfen keine Schwierigkeit machen; sie tragen die Regel vor, und nehmen auf den, immerhin nicht gewöhnlichen, Ausnahmefall keine Rücksicht. *Regelsberger* S. 20. Wenn aber dieser Schriftsteller umgekehrt einen Beweis für den im Text aufgestellten Satz in l. 11 pr. und l. 43 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 finden will, so kann ich dem nicht beistimmen. Die von *Andern* angeführte l. 15 § 1 eod. gibt *Regelsberger* selbst auf.

zum Scherz mit einem Andern einen Vertrag abschließt, wenn dieser den Scherz mißverstanden hat und nach Lage der Umstände mißverstehen mußte, unter allen Umständen für haftbar zu erklären. Aber den von *Jhering* ⁴⁰⁾ berichteten Fall, wo Jemand über den Markt gehend sämtliche daselbst befindliche Fuder Heu gekauft hatte und vor das eben verlassene Haus hatte fahren lassen, würde ich keinen Anstand nehmen, zu entscheiden wie *Jhering* thut, nämlich dahin, daß der Käufer den Vertrag zu erfüllen habe. Und ferner ist es, wenn Jemand eine Urkunde unterzeichnet, ohne sich über den Inhalt derselben vergewissert zu haben, wenngleich nicht nothwendig, doch außerordentlich nahe liegend, daß ihm dabei eine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, und in diesem Falle würde auch ich ihn für haftbar erklären ⁴¹⁾.

§ 12.

Dagegen sehe ich für den weiter gehenden Satz, daß der Urheber einer den wirklichen Willen nicht ausdrückenden Vertragserklärung auch im Falle gewöhnlicher Nachlässigkeit (*levis culpa*) zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet sei, keinen Anhalt. Ich muß dabei stehen bleiben, daß dieser Satz sich für das gemeine Recht nicht begründen läßt. Mit ihm treten wir hinaus aus dem Gebiet der *lex lata* und hinüber in das Gebiet der *lex ferenda*. Daß ein Gesetzgeber zur Aufstellung desselben kommen könne, läßt sich begreiflich finden; daß er zur Aufstellung desselben kommen müsse, ist zu leugnen. Die Frage ist einfach diese: stellt der Gesetzgeber das Interesse des *bona-fide*-Verkehrs so hoch, daß er zu Gunsten desselben schon der gewöhnlichen Nachlässigkeit ein Opfer auferlegen will? Hier hört die juristische Deduction auf, und es beginnt die praktische Erwägung.

Auf dem Boden des positiven Rechts läßt sich im Fall der gewöhnlichen Nachlässigkeit dem in seiner Erwartung Getäuschten, wenn überhaupt, nur helfen mit dem Begriff des

40) *Jahrb. f. Dogm.* IV S. 74.

41) *Vgl.* S. 25.

negativen Vertragsinteresse. Nun ist, wie bekannt, die quellenmäßige Begründetheit dieses Begriffs alles Andere eher als unbestritten, und es ist nicht meine Absicht, in dieser Abhandlung, welche ohnehin über die erlaubten Grenzen hinauszuschwellen droht, auf diese Frage näher einzugehen. Aber folgende Bemerkungen mögen mir gestattet sein. Zuerst, daß diejenigen, welche auf Grund der Verkehrsinteressen die Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages wollen eintreten lassen, am Allerwenigsten sich gegen das negative Vertragsinteresse erklären sollten; können die Vertragsinteressen das Mehre leisten, so sind sie auch das Mindere zu leisten im Stande. Wenn man sodann gegen das negative Vertragsinteresse auch die „Inpraktikabilität“ dieses Begriffes, d. h. die Schwierigkeit des durch denselben geforderten Beweises, geltend gemacht hat, so ist zu antworten⁴²⁾, einmal daß diese Schwierigkeit denn doch durch die neue Reichsproceßgesetzgebung in bedeutendem Grade gemindert worden ist, namentlich aber, daß dieser Grund viel mehr ein Grund für den Gesetzgeber ist, der sich fragt, ob er mit dem Begriff des negativen Vertragsinteresse operiren soll, als ein Einwand gegen die Geltung dieses Begriffes im bestehenden Recht. Endlich sei noch hingewiesen auf die mögliche Unterstützung, welche der Begriff des negativen Vertragsinteresse aus dem, was die Quellen über die fortbauende Wirksamkeit einer Willenserklärung nach fortgefallenem Willen bestimmen, zu ziehen im Stande ist. Diese Unterstützung hat allerdings eine zwiefache Voraussetzung. Zuerst, daß man es nicht für unerlaubt hält, der Willenserklärung mit fortgefallenem Willen die Willenserklärung, welcher von vorn herein der wirkliche Wille nicht entsprochen hat (oder welche aus einem sonstigen Grunde ungültig ist), gleichzustellen. Sodann, was allerdings ein größerer Sprung ist, daß man in gleicher Weise das, was die Quellen nur für die directe Veranlassung zu einer Vermögensaufopferung bestimmen, auf die indirecte überträgt. Der Schluß wäre also näher dieser: wer in gutem Glauben annimmt, eine Vermögensauf-

42) Vgl. auch *Dernburg Preuß. Privatr. II* S. 164 Note 1.

opferung mit dem Willen eines Andern zu machen, wird behandelt, als habe er sie mit dem Willen desselben gemacht; also wird auch derjenige, welcher annimmt, daß ein Wille vorhanden sei, welcher die Vermögensaufopferung (nicht genehmigt, sondern) unschädlich erscheinen läßt, behandelt, als sei jener Wille vorhanden.

§ 13.

Es ist jetzt noch die Frage zu beantworten, welche Consequenz sich aus der hier vertretenen Ansicht für die Auslegung der Vertragserklärungen ergibt. *Jhering*⁴³⁾ hat den Satz aufgestellt, die „logische Interpretation“ beruhe darauf, daß der wahre Willensinhalt erkennbar sei, und, wie vom Richter, so auch vom anderen Theil hätte erkannt werden können und müssen; der Richter dürfe solche Thatsachen und Umstände, welche zwar den wirklichen Willen des Redenden außer Zweifel setzen, aber dem Gegner nicht bekannt waren oder bekannt zu sein brauchten, nicht berücksichtigen, er habe m. a. W. nicht die Frage zu entscheiden: was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden, sondern, wie mußte der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassen. Ich habe mir in meinem Lehrbuche die Aufstellung *Jhering's* angeeignet, indem ich gesagt habe: „Jeder Contrahent hat ein Recht auf die Erklärung des andern Contrahenten in demjenigen Sinn, in welchem er sie auffassen mußte“⁴⁴⁾. *Bähr*⁴⁵⁾ und *Schlömann*⁴⁶⁾ haben nicht unterlassen, diese Aeußerungen gegen die hier vertretene Ansicht ins Feld zu führen. Sie haben geltend gemacht, daß es inconsequent sei, für die Frage, was gewollt sei, die Auffassung des andern Contrahenten für maßgebend zu erklären, nicht aber für die Frage, ob etwas gewollt sei. Die Begründetheit dieses Einwandes ist anzuerkennen. Er fällt aber hin mit dem Satz, von welchem er hergenommen ist, und dieser Satz ist nicht

43) Jahrb. f. Dogm. IV S. 71.

44) Lehrbuch des Pandektenrechts I § 84 zu Note 11.

45) S. 405.

46) S. 119 fg.

anzuerkennen; jedenfalls nehme ich den Irrthum, dessen ich mich schuldig bekenne, hiermit ausdrücklich zurück. Was an dem aufgestellten Satz richtig ist, ist Folgendes. Jeder Contractant hat ein Recht darauf, daß seine Auffassung des Sinnes der gegnerischen Erklärung zu Grunde gelegt werde, wenn es sich um Beantwortung der Frage handelt, wozu er consentirt habe; er hat consentirt nur zu demjenigen Willensinhalt, welchen er in der gegnerischen Erklärung gefunden hat. Aber er hat dadurch, daß er zu der gegnerischen Erklärung in einem Sinne consentirt hat, in welchem sie nicht abgegeben worden ist, kein Recht darauf erworben, daß dieselbe in diesem Sinne ausgeführt werde. Seine Auffassung des Sinnes der gegnerischen Erklärung entscheidet darüber, worauf er, aber nicht darüber, worauf der Gegner gebunden sei. Der in Folge seiner irrigen Auffassung des Sinnes der gegnerischen Erklärung sich ergebende Dissens kann sich nun möglicherweise auf einen wesentlichen Punkt des Vertrages beziehen; dann ist der Vertrag nichtig⁴⁷⁾. Bezieht er sich auf einen wesentlichen Punkt des Vertrages nicht, so besteht der Vertrag, und über den Punkt, über welchen eine Vereinbarung nicht vorliegt, entscheidet die gesetzliche Regel, wenn es eine solche gibt. So weit trotz des Dissenses noch Consens vorhanden ist, muß natürlich der Wille der Parteien ausgeführt werden⁴⁸⁾.

47) Hierher gehört der von Bähr (S. 418 Note 25) angezogene Fall, wo Jemand Indigo zu einem gewissen Preise für das Pfund „pr. dortiges Gewicht“ gekauft hatte, nicht wissend, daß im Verkaufsort inzwischen ein leichteres Pfund eingeführt worden war. Das OLG. zu Cassel entschied für Nichtigkeit des Vertrages (Strippelmann OLG.-Entscheid. V S. 145, Seuff. Arch. II 273 und XVI. 34). Im Sinne Bähr's hätte der Käufer verurtheilt werden müssen, das leichtere Pfund zu bezahlen.

48) Beispiel: es ist bei dem Verkaufe eines Grundstücks ausgemacht worden »accedere Stichum servum«: Käufer und Verkäufer denken Jeder an einen anderen Stichus. L. 34 pr. D. de contr. emt. 18. 1 entscheidet »eum Stichum deberi quem venditor intellexerit«. Ganz richtig. Es liegt kein Consens über einen der mehreren Stichi vor, wohl aber Consens über einen Slaven. Also generische Obligation, für welche die Regel gilt, daß der Schuldner die Wahl hat.

§ 14.

Es ist bisher nur von Vertragserklärungen die Rede gewesen, von Willenserklärungen, welche einem Andern zum Zweck des Abschlusses eines Vertrages hingegeben werden. Für letztwillige Verfügungen wird, wie oben bemerkt wurde, die Geltung der neuen Lehre, abgesehen von Schall, nicht in Anspruch genommen. Auch das hier der neuen Lehre für den Fall der Arglist und der groben Nachlässigkeit gemachte Zugeständniß entbehrt für letztwillige Verfügungen allen Grundes. Denn dieses Zugeständniß steht auf dem gleichen Boden, wie die neue Lehre, auf dem Boden der Berücksichtigung des berechtigten Vertrauens auf die Zuverlässigkeit eines Verkehrsinstrumentes, nur daß sie diese Berücksichtigung bloß beschränkt eintreten läßt. Die letztwillige Verfügung aber ist kein Verkehrsinstrument. Zweifelhaft könnte man sein in Betreff einseitiger Verfügungen, welche nicht letztwillige sind, und im Besonderen in Betreff der Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft. Jedoch ist es sicherer, auch diese den Vertragserklärungen nicht gleichzustellen. Sie sind jedenfalls nicht zum Zwecke des Gebrauchs hingegeben.

§ 15.

Man wird noch Auskunft darüber wünschen, ob die neue Lehre nicht auch in der Praxis vertreten sei. Bähr hat sich auf eine Reihe von Urtheilen oberster deutscher Gerichtshöfe berufen, in welchen entschieden ist, daß der Unterzeichner einer Urkunde sich nicht damit vertheidigen könne, daß ihm der Inhalt derselben unbekannt gewesen sei⁴⁹⁾. Durchmustert man aber die Motive dieser Urtheile, so stellt sich heraus, daß dieselben sehr verschieden sind. Zu dem Urtheil des OAG. zu Dresden vom Jahr 1854 im Seuffert'schen Archiv VIII. 26 ist das Hauptmotiv die freiwillige Unterwerfung des Unterzeichners unter den ihm unbekanntem Inhalt der Urkunde,

49) Abweichend Seuffert's Archiv XXXI. 110 (Dl. zu Stuttgart). Vgl. auch das. XIX. 14 (DlG. zu Cassel).

und nur nebenbei wird erwogen, daß „jedenfalls Kläger es nicht zu verantworten hat, dafern Beklagter unterschrieben haben sollte, ohne sich jedes Einzelnen bewußt zu sein, was der Gesamtinhalt des Contractes besage“. In dem Urtheil des OAG. zu Cassel vom 21. October 1859 bei *Seuffert* XIV. 16 wird erwogen, daß „des S. Angabe, es sei ihm der Inhalt der Urkunde nicht vorgelesen worden, bei eigener Kenntniß Geschriebenes zu lesen, keine Beachtung verdiene“. Es scheint damit auf eine Verschuldung des S. hingewiesen zu sein; er hätte lesen sollen. In dem Urtheil des OAG. zu Berlin bei *Seuffert* XXIV. 30 heißt es einfach, es müsse „angenommen werden, daß ein Jeder, welcher eine Urkunde unterzeichnet, dieselbe auch gelesen und demgemäß durch die Unterzeichnung sich angeeignet habe“. Auf die „Gefährdung des von keiner Verschuldung betroffenen Mitcontrahenten, der in gutem Glauben die Urkunde annahm“ und „die unabwiesliche Anforderung für die Sicherheit des Urkundenverkehrs“ wird abgestellt in dem Urtheil des OAG. zu Berlin vom 26. Januar 1874 bei *Seuffert* XXIX. 229, jedoch daneben betont „die aus der Unterzeichnung einer ihrem Inhalte nach unbekanntes Urkunde schlechthin resultirende eigene Verschuldung des Ausstellers“. In aller Schärfe ist die Ansicht *Bähr's* ausgesprochen in den Motiven des vom OAG. zu Berlin am 30. October 1873 in einer *Holstein'schen* Sache abgegebenen Urtheils bei *Seuffert* XXIX. 215. Jemand hatte eine Bürgschaftsurkunde, welche auf 600 Thaler lautete, unterzeichnet, weil sie ihm als auf 600 Mark lautend vom Schuldner vorgelesen worden war. Der Beweis hiefür war erbracht, nichtsdestoweniger verurtheilte ihn das OAG. auf 600 Thaler. Die im *Seuffert'schen* Archiv und bei *Bähr* mitgetheilte Begründung⁵⁰⁾ lautet folgendermaßen. „Im Rechtsverkehr kann der innere Wille nur Bedeutung gewinnen durch die Zeichen, mit denen er sich zu erkennen gibt, und es beruht alle Rechtsordnung gerade auf der Zuverlässigkeit der

50) Deren Fassung übrigens, wie *Bähr* bemerkt, nicht von ihm herrührt.

Zeichen, wodurch Menschen allein in lebendige Wechselwirkung treten können. Daher kann die Nicht-Uebereinstimmung des inneren Willens mit einer klaren und unzweideutigen Willenserklärung nur dann störend auf das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts einwirken, wenn sie dem, mit welchem contractirt wird, erkennbar geworden ist. Es würde auch jede Sicherheit des Verkehrs und allen guten Glauben untergraben, wenn die zum Zweck der Eingehung eines Vertrags in bindigster Form abgegebene Willenserklärung einfach mit dem Nachweis beseitigt werden könnte, daß sie nicht mit dem wirklichen Willen in Uebereinstimmung gestanden⁵¹⁾. Als ich oben (S. 81) die Worte hinschrieb: das Bedürfnis des Verkehrs ist keine Rechtsquelle, frug ich mich, ob etwas so Selbstverständliches gesagt werden dürfe, ohne eine Entschuldigung hinzuzufügen, daß es überhaupt gesagt werde. Der genannte oberste Gerichtshof sieht eine hinreichende Rechtfertigung des von ihm seiner Entscheidung zu Grunde gelegten Satzes darin, daß ohne ihn die Sicherheit des bona-fide-Verkehrs untergraben werden würde. Bähr führt noch aus, in wie übler Lage der Gläubiger gewesen sein würde, wenn er sich, wie das die zweite Instanz wollte, mit dem negativen Vertragsinteresse hätte begnügen müssen, und schließt seine Ausführung mit den Worten: „Dem gegenüber kam in der Entscheidung der höchsten Instanz die hier vertheidigte Rechtsauffassung zur Anwendung. Es muß dem Rechtsgefühl des geneigten Lesers anheimgestellt bleiben, ob er nicht durch diese Entscheidung das Bedürfnis praktischer Gerechtigkeit in höherem Maße gelöst findet“. Ich fürchte, Rechtsgefühl und das Bedürfnis praktischer Gerechtigkeit sind für die positive Geltung eines Rechtssatzes sehr ungenügende Grundlagen. Entscheidungen dieser Art sind übrigens von großem Interesse. Sie eröffnen einen Blick in das Werden des Gewohnheitsrechts. Der Richter ent-

51) Im Folgenden wird nur noch erwogen, daß ein die *exceptio doli* begründender Sachverhalt nicht dargelegt sei, und daß es sich nicht um eine mit der Klage zu erzielende Bereicherung, sondern um Abwendung eines Vermögensverlustes handele.

scheidet, wie er entscheidet, nicht deswegen weil er für seine Entscheidung in den Bestimmungen des von ihm anzuwendenden Rechts einen Anhalt findet, sondern weil er nicht anders kann. Er bringt in seiner Entscheidung das Recht, welches in ihm lebt, zum Ausdruck, und ist überzeugt davon, daß er damit das Rechte thut. Bleibt sein Vorgehen nicht vereinzelt, und folgen andere Richter dem gleichen Drange, so ist das Gewohnheitsrecht fertig.

§ 16.

Ueber das Verhältniß der neueren Gesetzbücher zu dem in dieser Abhandlung besprochenen Lehrsatz bemerke ich Folgendes.

Das Preussische Landrecht, der Code civil und das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch stehen durchaus auf dem Boden der auch jetzt noch herrschenden Ansicht. Der Code civil⁵²⁾ sagt einfach und ohne weitere Hinzufügung: »Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n' a été donné que par erreur«⁵³⁾. Das Preussische Landrecht und das Sächsische Gesetzbuch⁵⁴⁾ erklären die nicht ernstliche Willenserklärung und diejenige, welche in Folge eines Irrthums in einem wesentlichen Punkte mit dem wirklichen Willen nicht übereinstimmt, für ungültig, und geben dem anderen Contrahenten, welcher sie für gültig gehalten hat, nur einen Anspruch auf Schadenersatz⁵⁵⁾.

Dagegen findet sich im Oesterreichischen Gesetzbuch der Satz anerkannt⁵⁶⁾, daß der Vertrag „besteht“, „wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum Schuld ist, es wäre denn, daß dem anneh-

52) Art. 1109.

53) Ebenso das Züricher Gesetzbuch § 926. „Ein wesentlicher Irrthum eines oder beiden Contrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrags“.

54) A. L. R. I. § 4. § 52—56. 75—79. Sächf. bürg. Gesetzbuch § 91. 95. 843. 844.

55) Das Sächsische Gesetzbuch nur im Fall des Irrthums, das Preussische auch im Fall des Scherzes.

56) Art. 876.

menden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte". Unger⁵⁷⁾ nennt diese Vorschrift eine „bedauerliche“, und bemerkt, dieselbe sei „ebensowenig in theoretischer Beziehung zu rechtfertigen, als in legislativer zu billigen“.

Was die Entwürfe angeht, so findet sich keine Spur des neuen Lehrsatzes in dem Hessischen Entwurf (1853), dem Bayerischen Entwurf (1861), und ebensowenig in den Entwürfen des Schweizerischen Obligationenrechts von 1875, 1877 und 1878. Auch der Dresdener Entwurf (1864) behandelt den Irrthum schlechthin als Richtigkeitsgrund, macht jedoch (Art. 52) bei dem Erforderniß der Ernstlichkeit der Willenserklärung den Zusatz, daß sich der Erklärende auf den Mangel der Ernstlichkeit nur dann berufen könne, „wenn dem anderen Theil bekannt war, oder wenn er nach den Umständen erkennen konnte, daß die Willenserklärung keine ernstliche gewesen sei“.

57) Oesterr. Privatr. II S. 123.