Werk

Titel: Abhandlungen

Ort: Tübingen

Jahr: 1925

PURL: https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1925_0003|log23

Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.
SUB Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 1
37073 Göttingen

info@digizeitschriften.de

I.

Abhandlungen.

Zur Struktur der subjektiven Privatrechte.

Von

Paul Oertmann.

Die nachfolgenden Zeilen sind nur eine Skizze und beanspruchen allein als solche gewertet zu werden. Zu einer erschöpfenden Darstellung des Themas fehlt mir für jetzt und für die absehbare Zukunft die Muße; auch würde die Ungunst der Zeitumstände einer umfassenden Veröffentlichung äußerlich wie innerlich entgegenstehen.

I.

Man kann nach der üblichen Lehre zur Erfassung des Wesens der Privatrechte ausgehen entweder vom Standpunkt der berechtigten oder aber von dem der dem Recht unterworfenen Person (oder Personen). Ersterenfalls erschiene das Recht im wesentlichen als ein Dürfen, letzterenfalls als ein Sollen oder ein Sichverhaltenmüssen. Jene Betrachtungsweise überwog bei den dinglichen, diese bei den Forderungsrechten. Im Sachenrecht erblickte die früher schon und auch heute noch vielleicht vorherrschende Lehre wesentlich eine rechtliche Herrschaft des Berechtigten, der Person über die Sache oder doch, im Gegensatz zur tatsächlichen Herrschaft des Besitzers, ein Herrschendürfen, während im Schuldrecht der Blick sich dem Leistenmüssen des Schuldners zuwendete.

Unangefochten ist diese Lehre freilich nie geblieben [1]). Insbesondere seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts erhoben sich dagegen gewichtige Widersacher, von denen Bierling und Thon den größten Einfluß gewannen. Ihr Widerspruch hängt offenbar zusammen mit der Auffassung von der imperativen Bedeutung sämtlicher Sätze des objektiven Rechts: enthält dieses nur Gebote und Verbote, gibt es insbesondere keine erlaubenden Rechtssätze von selbständiger Bedeutung, so kann auch das Recht des einzelnen nur in „Rechtsnormen subjektiver Fassung", in Geboten oder Verboten an andere Menschen bestehen, jedenfalls nicht aufgehen in einem bloßen Handelndürfen des Berechtigten. So führte man auch das dingliche Recht auf eine rein negative Bedeutung zurück, auf Verbote einer Gebrauchs- oder Genußanmaßung an der Sache gegenüber den anderen Menschen, und erblickte den Unterschied vom Forderungsrecht wesentlich in dem Umkreis der betroffenen Personen: Das Sachenrecht wirkt absolut, gegenüber der gesamten Umwelt; es schließt diese von allem oder doch einem bestimmten Sachgenuß aus, ist ein Ausschließungsrecht (Stammler), während das Forderungsrecht relativ ist, seine Wirkung auf eine bestimmte Person beschränkt.

Zweierlei konnte oder durfte doch dabei nicht verkannt werden. Einmal: das Sachenrecht kann nicht aus subjektiv-gefaßten Imperativen beliebigen Inhalts bestehen, sondern nur aus Verboten; denn ein gegen die gesamte Umwelt gerichtetes Gebot eines bestimmten positiven Verhaltens wäre ein offenbares Unding gewesen. Schon aus diesem Grunde mußte der alte römische Satz: „servitus in faciendo consistere nequit" solange eine ewige Wahrheit enthalten, als man an dem dinglichen

1) Die noch immer umfassendsten Literaturangaben s. in meinem Aufsatz Jahrb. f. Dogm. 31, S. 415 f.; dazu besonders die neueren Zitate bei Windscheid-Kipp, Pandekten, Aufl. 9 Bd. I, § 28, Anm. 3 und Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, § 29; gegen das Dürfen als möglichen Rechtsinhalt neuerdings wieder Rawiasky, Festschrift für Zitelmann, S. 8, 10, 15, Anm. 55, vgl. denselben, Postrecht, S. 156 f., dafür Zitelmann, Internat. Privatrecht I, S. 43 f.

Gehalt der Servituten ernsthaft festhielt, sie nicht in bloße Pflichten für den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks abwandelte.

Zum anderen, damit im Grunde zusammenhängend: ein Recht bleibt Forderungsrecht, bleibt „relativ", auch wenn die Person des Verpflichteten sich wechselnd durch ein jeweiliges anderweitiges Rechtsverhältnis bestimmt, insbesondere durch die sich wandelnde Eigentümerschaft an einem bestimmten Grundstück, mit dem die Leistungspflicht des Schuldners in Zusammenhang steht. So bei der Miete, in gewissem Sinne auch bei den Reallasten. Es tut der rein schuldrechtlichen Bedeutung der Miete keinen Eintrag, daß die Vermieterpflichten auf den Neuerwerber des Mietgrundstücks übergehen [2]). Denn in einem gegebenen Zeitpunkt ist es doch immer nur ein einziges Passivsubjekt, das von dem Rechtsgebote betroffen wird, nicht die gesamte Umwelt als solche, und nur die Person dieses Passivsubjekts ist wandelbar. Die Absolutheit der Wirkung ist dabei also höchstens, wenn man will, in der Zeit, aber nicht auch im Raume verwirklicht. So wenigstens im geltenden deutschen Recht, wie heute bekanntlich fast allgemein anerkannt wird. Aber auch wo man mit der Dinglichkeit der Miete glaubte rechnen zu müssen, wie im Preußischen Landrecht, konnte sich das auf den positiven Haupt- und Grundstock der Mieterrechte nicht erstrecken. Die dem Vermieter an erster Stelle obliegende Pflicht zur Ueberlassung und Gebrauchsgewährung wegen der Mietsache (BGB. § 536) kann selbstverständlich niemals die gesamte Umwelt nebeneinander in ihren Bann ziehen; diese ist höchstens einem danebenherlaufenden Störungsverbot unterworfen.

Bekanntlich hat die Lehre Bierlings und Thons vielfach Anklang gefunden, nicht nur bei ausgesprochenen Verfechtern der imperativen Natur allen Rechts. So ist Wind-

2) Wenn Thon, Rechtsnorm S. 316 die Miete in gewissem Sinne verdinglicht sein läßt, so beruht das auf einem anderen Grunde, vgl. S. 308 oben (wegen der geschützten Besitzerstellung des Mieters, also nicht kraft seiner Mieterstellung als solcher).

ſcheid in den ſpäteren Auflagen ſeiner Pandekten nach eigenem Eingeſtändnis durch Thon ſtark beeinflußt worden [3]); auch mein oben angezogener Aufſatz iſt in der Grundanſchauung durch ihn entſcheidend beſtimmt.

Aber einen vollen Sieg hat dieſe neuere Lehre bisher nicht zu verzeichnen gehabt. Und auch ich kann mich ihr heute nicht mehr vollauf anſchließen. Zwar in dem Kampf gegen die früher herrſchende Auffaſſung ſtimme ich ihr nach wie vor bei und halte an dem ſeinerzeit Geſagten inſoweit feſt: Das Weſen der Dinglichkeit läßt ſich durch den bloßen Geſichtspunkt des Dürfens oder gar der rechtlichen Herrſchaft einer Perſon über eine Sache nicht oder doch nicht reſtlos beſtimmen; die Abſolutheit des Rechtsbefehls und Rechtsſchutzes, der dem Berechtigten in bezug auf die Herrſchaft über eine Sache gewährt wird, iſt ein notwendiges, ja das praktiſch jedenfalls weitaus wichtigſte Element der Dinglichkeit [4]). Aber ſie erſchöpft doch nicht deren Weſen, geht viel-

3) Pandekten, § 37, Anm. 3, auch § 167, Anm. 1 a.

4) Fraglich und weiterer Klärung bedürftig iſt es, ob dieſer für das Vorhandenſein eines Rechtes unerläßliche Rechtsſchutz notwendig dem Berechtigten ſelbſt in die Hand gegeben ſein müſſe, oder ob nicht ein objektiv-rechtlicher Schutz des ſubjektiven Dürfens, insbeſondere durch ſtrafrechtliche Verbote und Strafandrohungen, genüge. Verneint man dieſe letztere Frage, ſo würden z. B. die Strafandrohungen der §§ 243 und 246 StGB. gegenſtandslos, ſobald die Geſetze den Schutz des Eigentums auf ſie beſchränken würden; denn eine Sache könnte alsdann mangels eines privatrechtlichen Schutzes nicht Gegenſtand des Eigentums, alſo keine „fremde" ſein. Bei ſolcher ſtrengen Auffaſſung würde folgerecht ſelbſt ein privatrechtlicher Schutz durch Deliktsanſprüche, wie er anſcheinend dem älteſten germaniſchen Recht allein angehört hat, nicht genügen, um das Dürfen zu einem ſubjektiven Privatrecht zu erheben. Denn der Rechtsſchutz wird dabei nicht dem urſprünglichen, primären Herrſchendürfen zuteil, ſondern erſt dem infolge der Miſſetat an ſeine Stelle getretenen ſekundären Leiſtenmüſſen im Sinne der Erſatzpflicht.

Das alles iſt ſchwer annehmbar. Es möchte vielmehr ſcheinen, daß ſchon das durch Verbot irgendwelcher Art geſchützte Dürfen ein ſubjektives Recht begründe, nicht nur gerade das durch Anwartſchaft auf eigene, primäre Anſprüche des Subjekts geſchützte Dürfen. Immerhin: im heutigen Recht herrſcht die Anheimgabe des Schutzes an das zu ſchützende Subjekt ſo allgemein vor, daß die Frage kaum noch aktuell iſt. Aber auch grundſätzlich bedarf ſie, wie geſagt, noch weiterer Unterſuchung, die ich mir an dieſer Stelle verſagen muß.

mehr nur auf die Außenwirkung der dinglichen Rechte, neben der ihre im Dürfen bestehende Innenwirkung beachtet werden muß. Diese Unterscheidung zwischen Innen- und Außenwirkung[5]) ist aber weiterhin nicht minder bei allen anderen Arten der Rechte zu vollziehen; vor allem bei den Familien-, aber auch bei den Forderungsrechten. Allerdings in im einzelnen verschiedener Weise: bei manchen Rechten überwiegt durchaus oder doch entschieden die Außenwirkung — so neben den Sachen- die Persönlichkeits- und Urheberrechte, während sie bei anderen hinter der Innenwirkung an Bedeutung ganz zurücktritt — so bei den Forderungsrechten, heute auch bei den Familienrechten. Dabei hat sich das Verhältnis auch geschichtlich bedeutend verschoben: insbesondere ist bei fast allen Familienrechten eine Wandlung von einem wesentlich absoluten, nach außen wirkenden Charakter zu einem relativen mit vorwiegend nach innen gerichteter Wirkung nicht zu verkennen[6]). Aber ganz ausgeschaltet ist die eine oder die andere Wirkung bei keiner Art der Rechte; der Gegensatz zwischen absoluten und relativen Rechten erschöpft zum mindesten nicht das Wesen der Sache, hat, wenn man will, selbst nur „relative" Berechtigung, indem er darauf hinweist, daß bei manchen Arten der Privatrechte die Innen-, bei anderen die Außenwirkung im Vordergrunde des Interesses und der Bedeutung steht.

Mannigfache Gründe sind es, die meines Erachtens zur Anerkennung einer Innenseite im Recht neben seiner Außenseite, des Dürfens als Teil des Rechtsinhaltes neben dem Rechtsschutze nötigen. Sie können genauer erst bei der Uebersicht über die einzelnen Arten der Rechte gewürdigt werden. Aber grundsätzlich sei schon hier folgendes bemerkt:

Wer im Rechte nichts als eine Anwartschaft auf den Rechtsschutz erblickt, wird vor allem nie zu einem vollen Verständnis der Familienrechte gelangen können. Sie lassen sich

5) Anklänge daran bei Gierke a. a. O. § 29, Ziffer 3—4; s. auch Zitelmann, Internationales Privatrecht I, S. 42 f.

6) Vgl. Nawiasky, Festschrift für Zitelmann, S. 10.

unter das Schema „absolut oder relativ" nie und nimmer befriedigend einbeziehen. Daß sie ihrer Grundlage nach Sonderbeziehungen zwischen den Beteiligten darstellen, den Schuldverhältnissen insoweit ähnlich, kann wenigstens für das heutige, aber auch schon für das gemeine und im Grunde bereits das entwickelte römische Recht nicht bezweifelt werden. Und doch genießen sie wenigstens in weitem Umfange auch absoluten Rechtsschutz gegenüber jedermann. Das ist für das Römische Recht mit seinen bekannten Interdikten de uxore und de liberis exhibendis ac ducendis nicht zu bestreiten, gilt aber, zum mindesten was die Kinder anlangt, in aller Form auch für das geltende Recht, BGB. § 1632. Wer für die Rechte die bald absolute, bald relative Wirkung als Haupteinteilungsgrund verwertet, kann das nicht erklären: man sieht sich dann zu der lahmen Bemerkung genötigt, die Familienrechte seien sowohl relativ als absolut. Damit kann aber nur zweierlei gemeint sein: entweder man gibt den bloß relativen Charakter der Familienrechte auf — denn ein Recht, das nicht nur relativ ist, ist eben nach dem Gesetz des kontradiktorischen Gegensatzes absolut [7]). Oder man sieht die teils absolute, teils relative Wirkung der Familienrechte in verschiedenen Richtungen, läßt sie im einen Sinne relativ, im anderen absolut sein [8]). Und das ist auch das allein Richtige. Als Recht zu einem bestimmten, der Familienstellung entsprechenden Verhalten ist das Familienrecht stets nur relativ: Wahrung der Lebensgemeinschaft, Folge, Gehorsam, häusliche Dienstleistungen, Unterhalt usw. kann das eine Familienmitglied immer nur von dem anderen verlangen. Was ihm die Umwelt zu gewähren verbunden ist, ist etwas ganz anderes, zunächst nur Negatives: die Unterlassung störender Eingriffe in die Betätigung und tatsächliche Gestaltung der Familienbeziehungen. Damit haben wir deutlich den Gegensatz zwischen der wesentlich positiven Innen- und der wesentlich negativen Außenseite des Rechts,

7) So anscheinend Thon, S. 189.

8) So z. B. Nawiasky, Festschrift für Zitelmann, S. 10, der darin aber eine Besonderheit gerade nur der Familienrechte erblickt.

welch letztere positiven Wirkungen erst kraft einer besonderen, konkreten Antastung, im Sinne von ihrerseits durchaus relativen Einzelansprüchen, hervorruft.

Damit ist der Gegensatz der relativen Innen- zu der absoluten Außenseite beim Familienrecht neuerer Gestaltung erwiesen. Das führt aber weiter: auch das ältere Familienrecht mit seiner grundsätzlich unbeschränkten, quasisachenrechtlichen Unterworfenheit der Hausangehörigen unter die Gewalt des Hausvaters ist ohne Scheidung dieser beiden Seiten nicht zu erklären. Wäre die älteste patria potestas allein ein absolutes, nur gegen Dritte wirksames Recht gewesen, so hätte ihre Abwandlung in eine persönliche, begrenzte Berechtigung die Rechtsstellung des Hausvaters nicht eingeschränkt, sondern erweitert: denn der absolute Schutz gegen dritte ist ihm ja geblieben, und er hätte die relative Berechtigung gegenüber dem Haussohn dazu bekommen, während er früher ihm gegenüber allein „auf seine natürliche Kraft und Autorität beschränkt" war [9]). Das ist aber eine unmögliche Auffassung: die unumschränkte Gewalt des Hausvaters im Sinne des ältesten Rechts kann auch im Rechtssinne kein Weniger, sondern nur ein entschiedenes Mehr bedeuten gegenüber der immer mehr eingeschränkten Gewalt der neueren Rechtsordnungen; eine gegenteilige Auffassung wäre nicht nur unnatürlich, sondern auch positiv unrichtig: das vielberufene ius vitae necisque des altrömischen Hausvaters läßt sich ohne einen positiven Rechtsgehalt der altrömischen potestas unmöglich erklären; das Dürfen des Hausvaters folgt hier ganz zweifellos nicht aus dem Nichtrecht der Umwelt, sondern einzig und allein aus dem besonderen Eigenrecht. Die älteste potestas ist sowohl im Außen-, als im Innenverhältnis nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine positive rechtliche Potenz, begründet ein ohnedies nicht vorhandenes Dürfen.

Dann aber kann es bei den in der Struktur der alten Familiengewalt so ungemein ähnlichen Sachenrechten sinngemäß nicht

9) Thon a. a. O., S. 188.

anders sein. Auch hier ist die unbeschränkte Gewalt des Berechtigten über die Sache, den Rechtsgegenstand, nicht etwas bloß Tatsächliches, sondern etwas rechtlich Gewährleistetes, enthält das Dürfen einen Teil des Rechtsinhaltes, wenn auch wiederum nicht den ganzen, sondern nur die durch die Anwartschaft auf Rechtsschutz als Außenseite notwendig zu ergänzende Innenseite des Rechts. Mein nach Bierling gebildeter Satz (a. a. O. S. 445): „Nicht an unserem Nichtrecht, sondern am Recht der Uebrigen liegt die Grenze unseres Dürfens", für die Familienrechte offenbar falsch, kann auch für die Sachenrechte nicht aufrecht erhalten werden. Gewiß: da wo die herrenlose Sache dem Zugriff des Aneigners offenliegt, kann jedermann statt der Aneignung auch eine bloße Zerstörungs- oder vorübergehende Genußhandlung daran vornehmen — warum soll ich die Muschel am Meeresstrande, statt sie an mich zu nehmen, nicht zerschlagen, die Krähe, statt sie zu fangen, nicht abschießen dürfen? In maiore minus! Aber das ist alles nichts Selbstverständliches, sondern folgt nur aus der positiv-rechtlichen Aneignungsgestattung und bleibt überall in deren Grenzen gebannt: wo ein ausschließliches Aneignungsrecht bestimmter Personen besteht, wie im Jagdrecht, im Bergrecht und bei herrenlosen Grundstücken zugunsten des Fiskus (BGB. § 928[2]), muß anderen Personen mit der Aneignungsmöglichkeit auch die Erlaubnis zu faktischen Einwirkungen oder gar Zerstörungshandlungen versagt sein. Man kann das auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer in solchen Handlungen zu findenden Verletzung des Aneignungsrechtes zu erklären versuchen — denn das Aneignungsrecht des Fiskus an einem aufgegebenen Grundstück wird dadurch, daß ein Unberechtigter sich darin niederläßt oder daraus Früchte zieht, in keiner Weise angetastet.

Aber auch davon abgesehen ist das Dürfen des Nichtberechtigten viel weniger stark als das des Berechtigten, weil neben jenem die grundsätzlich gleichstarke Konkurrenz aller Angehörigen der Umwelt steht — sein einfaches Dürfen reicht in seiner Bedeutung an das ausschließliche, monopolisierte oder zum mindesten gegen Antastungen geschützte Dürfen des Be-

rechtigten nicht entfernt heran. Daß das gewöhnliche Dürfen, dem die Rechtsordnung ganz gleichgültig gegenübersteht, das sie jedem Mitgliede der Rechtsgemeinschaft gleichmäßig zubilligt, noch keinen Rechtsinhalt darstellt, beweist nichts gegenüber dem qualifizierten und gegen Antastungen Dritter geschützten Dürfen des Berechtigten.

Diese Auffassung empfiehlt sich daneben durch den Hinweis auf die unbefangene Anschauung des Lebens, die in der nach Außen gerichteten Verbotswirkung des Eigentums nicht dessen Kern erblickt. Sie steht auch am besten im Einklang mit dem Sprachgebrauch und dem sachlichen Gehalt des geltenden Rechts: wäre das Eigentum wirklich nichts als der dem Eigentümer gegenüber der Umwelt zukommende Schutzapparat, so könnte auch die Ausübung des Eigentums — wie anderer sog. absoluter Rechte — allein in der Geltendmachung der Ansprüche daraus gegen Dritte gefunden werden, eine Anschauung, mit der bekanntlich Thon bitteren Ernst gemacht hat. Sie widerspricht aber dem Befunde des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Denn wenn es in § 226 eine Rechtsausübung verbietet, „die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen", so denkt es dabei zweifellos auch, ja an erster Stelle an Genußhandlungen (s. Oertmann zu § 226, Z. 3a unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte), die doch im Sinne Thons gar keine Rechtsübungen wären. Ja, nur gegenüber Genußhandlungen ist für das Schikaneverbot im Grunde allein Bedürfnis; denn daß der Gegner einer Anspruchsbetätigung zur Schikane nicht zu weichen braucht, ist schon ohnedies aus BGB. § 242 — Begrenzung der Verpflichtung durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte — zu folgern.

Und endlich: es ist der hier bekämpften Lehre noch nie gelungen, die Sachenrechte als wirkliche, echte Rechte zu erweisen. Denn vor der erfolgten Zuwiderhandlung eines Dritten ist der Rechtsschutz noch gar nicht in Aktivität getreten, liegt nur eine Anwartschaft auf solche vor, wie das Thon in aller Form zugibt. Eine bloße Anwartschaft aber begründet noch kein

echtes, gegenwärtiges Recht im strengen Sinne, und darum verdient Schloßmann[10]) das Lob der Folgerichtigkeit, wenn er im Eigentum überhaupt noch kein Recht erblickt, sondern nur die vorgestellte Quelle künftiger, in Einzelansprüchen bestehender (relativer) Rechte. Aber dies Ergebnis ist mindestens ebenso verzweifelt wie es folgerichtig ist. Will man ihm trotz Bekenntnis zur rein imperativen Natur der Rechte entgehen, so muß man wiederum zu dem vielberufenen negativen Anspruch gegen jedermann auf Unterlassung störender Eingriffe zurückkommen[11]), den doch gerade Thon (S. 156 f.) in seiner ganzen Haltlosigkeit längst erwiesen hat.

Eins ist allerdings zu bedenken: in der rechtlichen Bedeutung der Sachenrechte tritt die Innenwirkung, das Dürfen, gegenüber der Außenwirkung durchaus zurück. Die Sache setzt der rechtlichen Macht des Rechtsträgers keinerlei Widerstand entgegen, seine Rechtskämpfe vollziehen sich nicht ihr, sondern den Angehörigen der Umwelt gegenüber, also im Gebiete der Außenwirkung. Die ganzen umständlichen und schwierigen Auseinandersetzungen bei der Abgrenzung des Rechtes des Einen, der Pflicht des Anderen können nur da in Frage kommen, wo der dem Dürfen Unterworfene selbst eine Person ist, dessen Unterwerfung sich auf ein bestimmtes und begrenztes Leistenmüssen beschränkt. Bei Rechten zwischen Person und Person überwiegt die Bedeutung des Innenverhältnisses, und zwar um so mehr, je mehr die Rechtsordnung darauf bedacht ist, einer schrankenlosen Beherrschung des Verpflichteten entgegenzutreten. Bei Rechten an Sachen dagegen gibt die für sich schrankenlose Innenwirkung nur wenig Anlaß zu besonderer Betrachtung; erst der Zusammenstoß des Rechtsträgers mit Dritten fordert die Aufmerksamkeit des rechtlichen Beurteilers heraus[12]).

---

10) Vertrag, S. 257 f.

11) Für ihn freilich neuerdings wieder Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 25 f., Lehrbuch des Zivilprozesses I, § 31, A I 2.

12) Mit der hier entwickelten Auffassung vom Wesen des subjektiven Rechts ist auch die Frage nach der bloß imperativen Natur aller Rechtssätze in

II.

Der Streit über den Bestand und die Bedeutung der Persönlichkeits- oder Personenrechte ist bekanntlich bis heute nicht zum vollen Austrag gekommen, weder im Sinne der allgemeinen Rechtslehre noch des positiven Deutschen Rechts. Aber wenn nicht alles täuscht, neigt sich die Wagschale wenigstens grundsätzlich zur Anerkennung solcher Rechte, wenn sie auch wohl nicht im entferntesten den Umfang und die Bedeutung aufweisen dürften, den Gierke und andere Germanisten ihnen zuschreiben, und wenn auch die Beweisführung durch den verunglückten § 823 Abs. 1 BGB. sicherlich versagt hat. Das hauptsächlichste Hindernis gegen die Anerkennung solcher Rechte bestand für die frühere Wissenschaft wohl zweifellos in der ausschließlichen Beachtung der Innenseite des Rechts, in der Annahme, daß jedes Recht die Herrschaft eines Subjekts über ein so oder so beschaffenes Objekt darstelle. Denn an einem solchen Objekt fehlt es hier. Wenigstens an einem vom Subjekt verschiedenen Objekt: die durch das Persönlichkeitsrecht beherrschte Person ist eben der Berechtigte selbst, und so konnte man jene Rechte im Sinne des Innenverhältnisses — der „Herrschaft" oder des „Dürfens" — nur als Rechte an der eigenen Person bestimmen, wie das denn auch bekanntlich früher nicht selten geschehen ist [13]). Aber eine solche Herrschaft über die eigene Person, bei der Subjekt und Objekt, Herrscher und Beherrschter zusammenfallen, erschien den Meisten als kaum besser denn eine wertlose Spielerei.

Viel eher konnte man sich mit der Annahme eines Persönlichkeitsrechtes befreunden, wenn man mit der neueren Lehre das Augenmerk auf die Außenwirkung legte. Dann handelte

---

verneinendem Sinne entschieden. Denn erschöpft das subjektive Recht sich nicht in Verboten und Geboten, so können auch die seinen Erwerb (und Verlust) regelnden Rechtssätze nicht darin aufgehen — die gewährenden (berechtigenden) Rechtssätze haben keine imperative Natur.

13) So besonders Puchta, Institutionen § 30, Pandekten, § 114 vgl. auch Zitelmann, a. a. O., S. 50. Skeptisch Savigny, System I, § 53.

es sich einfach um ein absolutes Recht, bei dem der Wille aller anderen Menschen dem des Berechtigten in der Weise unterworfen ist, daß sie jedweden Eingriff in die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Rechtsträgers grundsätzlich zu unterlassen haben. Gewiß mag die Bedeutung dieses Rechts als eines besonderen Privatrechts beschränkt sein — der Schutz der Persönlichkeit vollzieht sich im allgemeinen durch andere, schneidigere Mittel, insbesondere die des Strafrechts, und manche gelegentlich zum Persönlichkeitsrechte gerechnete Gebilde, wie der Besitz (Puchta) und das Urheberrecht (Gierke) dürften sich befriedigender auf andere Weise erklären lassen. Aber andererseits sind gerade in den neueren Gesetzen mehrfach Fälle von Interessenschutz anerkannt — ich denke besonders an das Recht auf den Namen, BGB. § 12, sowie das sog. „Recht am eigenen Bilde" —, die schwerlich anders als unter dem Gesichtspunkte des Persönlichkeitsrechts grundsätzlich erfaßt und in das System eingereiht werden können.

Bei diesen Rechten überwiegt jedenfalls die Bedeutung der Außenwirkung entschieden, so entschieden, daß man zweifeln kann, ob daneben die Annahme einer besonderen Innenwirkung anzuerkennen notwendig oder doch zweckmäßig sei. In der Tat: in dem Sinne wie bei anderen Rechten, im Sinne eines Herrschafts- oder Verpflichtungsverhältnisses zwischen Subjekt und Objekt, kann davon keine Rede sein. Die anderen Rechte schützen ihren Träger in dem, was er *hat*, in seiner Beherrschung der Außenwelt; das Persönlichkeitsrecht in dem was er *ist*, in der Betätigung des eigenen Ich.

Aber immerhin: auch diese Betätigungsfreiheit stellt ein Tundürfen dar, wenn auch ein Tundürfen anderer Art, als wir es bei Sachen- und Forderungsrechten kennen lernen werden. Wenn auch an ein Innen*verhältnis* mangels der dazu nötigen Zweizahl der Beteiligten nicht gedacht werden kann, so doch an eine Innen*wirkung*, die eben in der durch das Recht gewährleisteten Betätigungsfreiheit der Person in dieser oder jener Richtung zu finden ist. Gewiß ist diese Betätigungsfreiheit als solche noch kein Recht, so wenig wie das bloße Be-

herrschendürfen einer Sache. Damit sich ein solches bilde, muß in beiden Fällen der Rechtsschutz oder, wenn man will, die Anwartschaft auf Rechtsschutz als Außenwirkung gegenüber der Umwelt hinzukommen. Erst beides zusammen ergibt das Recht: die gegen Antastungen Dritter geschützte Betätigung einer Person als solcher in dieser oder jener Richtung, daß jemand z. B. einfach die Betätigungsfreiheit besitzt, sich Friedrich Wilhelm Schulze zu nennen, macht ihn noch nicht zum Träger eines Namensrechts; wohl aber hat er ein solches, wenn und soweit er gegen unbefugte Führung desselben Namens durch andere Personen Anwartschaft auf rechtlichen Schutz genießt.

Zu den Persönlichkeitsrechten sind auch die genossenschaftlichen Mitgliedschafts- und Organschaftsrechte zu rechnen — die Rechte, mit seiner eigenen Person an der Bildung und Betätigung einer sozialen Gesamtpersönlichkeit in dieser oder jener Weise teilzunehmen. Darin liegt eine besondere Erweiterung der eigenen Persönlichkeit im Sinne einer Beteiligung an anderweiter Persönlichkeitsbildung.

Dagegen ist das Recht auf Einräumung der (noch nicht vorhandenen) Mitglied- oder Organschaft ein gewöhnliches Forderungsrecht (s. Oertmann zu BGB. § 26, Z. 5 by), bestenfalls eine bloße Anwartschaft.

III.

Was über die Sachenrechte im Rahmen dieser Skizze zu sagen war, ist im wesentlichen schon in den einleitenden Bemerkungen erledigt worden. Ich fasse zunächst nur nochmals kurz zusammen: das Sachenrecht ist im Innenverhältnis ein Dürfen, Beherrschendürfen [14]) der Sache nach mehr oder minder weit-

14) Das Wort „Herrschaft" möchte ich nach wie vor vermeiden, da sich damit sofort die Vorstellung von etwas Tatsächlichem verbindet. Für das Recht aber kommt es nur auf das Dürfen an, nicht auf das tatsächliche Herrschen (vgl. auch Zitelmann, Internat. Privatrecht I, S. 51, 54). Daß aus diesem letzteren sich ohne weiteres gewisse Rechtsfolgen ergeben (Besitzrecht!), ist eine Sache für sich.

gehenden Richtungen, im Außenverhältnis ein gegenüber der gesamten Umwelt wirksames Ausschließungsrecht. Beides muß zusammentreffen, um das Recht hervorzubringen: ein Ausschließungsrecht macht noch nicht ohne weiteres ein Sachenrecht aus, sofern es sich nämlich nicht gerade auf den Schutz eines Herrschendürfens über eine körperliche Sache bezieht. Und umgekehrt folgt aus solchem Herrschendürfen noch kein Sachenrecht, solange es nur einem bestimmten Einzelnen gegenüber, durch Vermittlung von dessen Willensgebundenheit, dessen Sollen besteht. Das gilt auch dann, wenn solches Sollen nicht einer von vornherein bestimmten Person obliegt, sondern jedem, der in ein bestimmtes Verhältnis, etwa in das Eigentum einer Sache, eintritt: die Realobligation ist ein Schuld-, kein Sachenrecht. Das gilt vor allem von der Miete. Es würde auch von Hypotheken und Reallasten gelten, wenn sie nichts enthielten, als ein Leistenmüssen oder, was bei der Hypothek und Grundschuld zutreffen dürfte, eine Haftung des jeweiligen Eigentümers mit dem Grundstück. Daß man sie trotzdem fast allgemein und mit Recht den Sachenrechten anreiht, läßt sich nur rechtfertigen durch ihren daneben wenigstens von unserem geltenden Recht anerkannten oder anzuerkennenden Ausschließungsgehalt: jeder Dritte muß das Dürfen des Rechtsträgers insoweit beachten, als ihm schädigende Einwirkungen auf das beherrschte Grundstück verboten sind. So bekanntlich bei der Hypothek nach § 1134 („der Eigentümer *oder ein Dritter*"), anwendbar nach § 1192 auf die Grundschuld; nach der richtigen Meinung aber auch bei den Reallasten zutreffend trotz fehlender Sondervorschrift.

Dagegen tritt es der Absolutheit und damit Dinglichkeit des Rechts nicht zu nahe, wenn ein bestimmter Einzelner aus einem besonderen Grunde sich dem sachenrechtlichen Verbote entziehen kann. Er kann das ja nicht, weil der Ausschließungsgehalt des Sachenrechts ihm gegenüber von vornherein entfällt, sondern nur auf Grund eines ihm selbst zustehenden anderweiten dinglichen oder persönlichen Rechts, weil und soweit dieses gegenüber dem Rechte des Gegners nach den Grundsätzen der

Rechtskollision das stärkere ist. Ob dabei das Recht des in Anspruch genommenen ihm nur ein Gegenrecht wider den Anspruch, eine Einrede, verleiht — so nach unserem Bürgerlichen Gesetzbuch § 986 beim Herausgabeanspruch — oder aber den Anspruch von vornherein ausschließt — so nach § 1004 daselbst beim Störungsanspruch — macht grundsätzlich nichts aus: auch letzterenfalls ist es nur der konkrete Einzelanspruch, der dadurch betroffen wird, nicht das Eigentumsrecht als solches [15]).

Was das die Innenseite des Sachenrechts ausmachende Herrschendürfen anlangt, so kann es bekanntlich außerordentlich verschieden sein. Aber ganz fehlt es nie, auch nicht bei den negativen Servituten und anderen sogenannten Untersagungsrechten. Allerdings ist hier das eigene Herrschendürfen des Berechtigten stark abgeblaßt, das Recht anscheinend auf die in Verboten bestehende Außenwirkung beschränkt. Aber in Wahrheit liegt doch ein gewisses Herrschendürfen, ein Indienststellen einer (fremden) Sache in die eigene Interessenbetätigung darin, daß man von ihrem zur Zeit bestehenden Zustand — z. B. des Unbebautseins oder nur niedrigen Bebautseins — Vorteil ziehen darf. Dagegen ist hier ein konkreter Unterlassungsanspruch, anders als bei der schuldrechtlichen Unterlassungspflicht, vor einer Zuwiderhandlung noch nicht gegeben.

IV.

Wie man beim Sachenrecht über der in der Tat rechtlich durchaus im Vordergrund stehenden Außenseite vielfach die Innenseite, das Dürfen, unbeachtet läßt, so denkt man bei der Betrach-

15) Auch das schadet dem Vorhandensein eines echten Sachen-, insbesondere Eigentumsrechtes nicht, daß der Eigentümer einem bestimmten Anderen gegenüber sein Recht nur zu mehr oder minder beschränkten Zwecken ausüben darf, ihm das Recht vielleicht von Anfang an nur zu solchen Zwecken übertragen ist — auch die fiduziarische Berechtigung ist im Sinn des Sachenrechts echte Berechtigung. Die Angriffe von W. Fuchs dagegen (Die fiduziarische Berechtigung" 1915, und in mehreren späteren Schriften usw.) sind beachtenswert, aber nicht überzeugend.

tung des Schuldrechts oftmals, ja fast allgemein, nur an das Innenverhältnis des Gläubigers zum Schuldner, an das Anfordernkönnen des einen und das ihm entsprechende Leistenmüssen des anderen. Nur ganz selten[16], in früherer Zeit besonders von Reuner, gelegentlich auch von Windscheid, in neuer Zeit vor allem von Hellwig, ist auf den danebenherlaufenden Ausschließungsgehalt auch des Forderungsrechts hingewiesen worden. Ich habe mich dieser Ansicht in meinerer eben angezogenen neueren Arbeit angeschlossen und möchte daran festhalten, ja ich bekenne, daß die damals gewonnene Einsicht von der Doppelnatur des Forderungsrechts den Ausgangspunkt auch für die jetzt vorliegende Gedankenentwicklung gebildet hat. Jene Doppelnatur ihrerseits ergibt sich für mich sowohl aus positiven Vorschriften wie aus rechtspolitischen und grundsätzlichen Erwägungen. Insbesondere läßt die bekannte Regelung des sog. Prätendentenstreites, ZPO. § 75, sich ohne die Annahme eines gegenüber Dritten wirksamen Rechts auf die Forderung überhaupt nicht[17]), die Notwendigkeit einer Berücksichtigung der anderen Gläubiger durch

16) Die wichtigsten Zitate zu dieser Frage s. in meinem Aufsatz Jahrb. Dogm. 66, S. 157 f. — Gegnerisch außer den dort genannten v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 211.

17) Insbesondere nicht (so v. Tuhr a. a. O., S. 212) mit dem Gesichtspunkt der Feststellung eines Rechtsverhältnisses, das zwischen einem der Prätendenten und dem Schuldner besteht. Dagegen spricht schon entscheidend, daß laut § 75 der vom Schuldner hinterlegte Betrag dem Obsiegenden „zugesprochen" werden soll, was über eine bloße Feststellung weit hinausgeht. Andererseits unterstellt § 75, daß beide Prätendenten gerade „die geltendgemachte Forderung" für sich in Anspruch nehmen; die Fälle, wo jeder eine andere Forderung nur gegen denselben Schuldner geltendmacht, gehören nicht darunter, sondern z. B. diejenigen, wo B als angeblicher Zessionar des A oder weil dieser das Geschäft als sein, des B, Vertreter geschlossen habe, der wahre Träger der von A eingeklagten Forderung sein will.

Ist der Schuldbetrag gemäß § 75 „zugunsten der streitenden Gläubiger" hinterlegt, so steht die Forderung gegen die Hinterlegungsstelle ohne weiteres dem zu, der in Wahrheit unter ihnen der Berechtigte war, und der Streit bezieht sich jetzt auf die Gläubigerschaft in dieser Forderung.

den einzelnen im Konkurse nur schwer erklären. Und wer den Forderungsrechten den rechtspolitisch schwerlich ganz entbehrlichen Schutz gegen deliktische Antastungen nach BGB. § 823[1] zuteil werden lassen will, kann ohne ein solches absolutes Recht auf die Forderung einfach nicht auskommen — ohnedies wäre die Forderung in der Tat nichts als jenes iuris vinculum, das Dritte nichts angeht.

Ich habe das in den Jahrbüchern f. d. Dogmatik 66, S. 154 f. näher ausgeführt und brauche daher im Rahmen dieser Skizze umsoweniger darauf noch näher einzugehen. Wiederholen möchte ich nur die damals ausgesprochene Warnung vor dem Mißverständnis, als ob mit der Anerkennung eines absoluten Rechts auf die Forderung der Gegensatz dinglicher und obligatorischer Rechte verwischt würde. Vielmehr ist das relative Recht auf die *Leistung* von dem absoluten Recht auf die *Forderung* streng zu scheiden. Freilich möchte ich das letztere heute nicht mehr als ein *akzessorisches* (so a. a. O. S. 159, 163), also doch immerhin besonderes, Recht *neben* der Forderung selbst bezeichnen, sondern auch hier lieber nur zwischen Innen- und Außen*wirkung* im Rahmen *desselben* Rechts geredet wissen. Aber diese beiden Wirkungen sind voneinander aufs Strengste zu scheiden: zur Leistung mit ihrem in der Regel *positiven* Inhalt ist einzig und allein der *Schuldner* verpflichtet, während die *Umwelt* nur in der überall *negativen* Weise dadurch betroffen wird, daß sie das Recht auf die Leistung nicht durch Einwirkungen nachteilig beeinflussen darf[18]). Und zwar natürlich nur dieses Recht *als solches*, also insbesondere durch eigene Inanspruchnahme oder Verfügungen über das fremde Recht in einer (ausnahmsweise) auch dem Berechtigten gegenüber wirksamen Weise[19]).

18) Das Recht geht also in seiner Außenwirkung nicht auf eine *positive Anerkennung*, wie gelegentlich gesagt wird, sondern nur negativ auf Unterlassung störender Einwirkungen. Erst der *durch* eine solche entstandene konkrete Anspruch gegen den einzelnen Störer kann unter Umständen auf Anerkennung gerichtet sein, insoweit die Störung dadurch aufgehoben wird.

19) So z. B. in den Fällen der §§ 407, 408, 793[1] S. 2 BGB.

Dagegen enthält die Einwirkung des Dritten nur auf eins der Substrate der fremden Forderung, insbesondere auf die Person des Gläubigers oder Schuldners oder gar auf den zu leistenden Gegenstand, keinen Angriff auf die fremde Forderung als solche, mag damit auch als Reflexwirkung eine Unmöglichkeit der Leistung durch den Schuldner und als deren weitere Folge ein Erlöschen des Forderungsrechts unvermeidlich werden. In diesem Sinne halte ich durchaus das aufrecht, was ich einstens [20]) gegen den Schutz bloß obligatorischer Rechte durch die Deliktsansprüche nach BGB. § 823, Abs. 1 gesagt habe. Der absolute Schutz des Forderungsrechts tritt daher in seiner Bedeutung gegenüber der Innenseite auf alle Fälle stark zurück; das Forderungsrecht ist und bleibt in seinem Kern durchaus ein relatives Recht [21]).

Ein relatives Recht: das heißt eine rechtliche Beziehung zwischen zwei Personen, von denen die eine von der anderen ein bestimmtes Verhalten, eine Leistung heischen kann, bei der der Willensmacht des Berechtigten eine entsprechende Willensgebundenheit des Verpflichteten gegenübersteht [22]). Es enthält keine einseitige Herrschaft wie das Sachenrecht, sondern eine zweiseitige Beziehung. Dieser Unterschied liegt nicht allein darin begründet, daß das Rechtsobjekt hier keine rechtlose Sache, sondern gleichfalls eine Person ist. Denn auch an Personen können einseitige Herrschaftsrechte begründet werden, die den Beherrschten in eine Art von sachenrechtlicher Unterworfenheit gegenüber dem Herrschenden bringen: so besonders bei der väterlichen und eheherrlichen, vermutlich auch der vormund-

20) In der Berliner Festgabe für H. Dernburg, 1900, S. 61 f.

21) Interessante Anerkennungen einer absoluten Einwirkung schuldrechtlicher Verhältnisse auf Dritte zeigte mehrfach das bisherige Gesinderecht. s. Preuß. Gesinde-Ordn. § 27, Bayr. AG. zum BGB., Art. 17.

22) Daß auch der Nießbrauch und das Pfandrecht an einer Forderung selbst forderungsrechtlichen Charakter hat, nicht ein absolutes Herrschaftsrecht „an der Forderung" nach Art der Sachenrechte bedeutet, sollte heute nicht mehr bestritten werden, vgl. v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 157 f., Oertmann, Jahrb. Dogm. 66, S. 161 f. (gegen Schreiber).

schaftlichen Gewalt des ältesten römischen und im wesentlichen auch des germanischen Rechts, in gewissem Sinne auch noch bei den Gewaltverhältnissen des modernen Familienrechts (s. unten). Aber auch beim ältesten Schuldrecht zum mindesten in der Entwicklungsstufe der Vollstreckung (nexum, manus iniectio). Sondern darin ist der Grund zu suchen, daß die Sozialethik seit langer Zeit die Statthaftigkeit einer Unterwerfung des einen unter den anderen im Vermögensverkehr auf die Möglichkeit wie inhaltlich so auch zeitlich (vgl. BGB. § 624) begrenzter Leistungspflichten herabgeschraubt, das Unterwerfungs- in ein mit einer grundsätzlichen Gleichberechtigung verträgliches, beschränktes Verpflichtungsverhältnis abgewandelt hat.

Im Schuldrecht ist daher immer nur der Wille des Schuldners dem Gläubiger unterworfen, von einem einseitigen und eigenmächtigen Herrschendürfen, einem Zugriff des Gläubigers auf die Person des Schuldners oder auf die Gegenstände, auf die seine Leistungspflicht sich bezieht, ist keine Rede. Das gilt, wie hier kurz eingeschaltet werden mag, auch bei Miete und Pacht als solcher, d. h. soweit nicht der Mieter als Besitzer der Mietsache in ein sachenrechtliches Herrschaftsverhältnis zur Mietsache gelangt ist. Davon abgesehen, behalten die bei Thon (S. 308) angezogenen Bemerkungen von Ziebarth und Sohm noch immer ihre volle Berechtigung. Der Mieter beherrscht im Rechtssinn nicht die Sache, sondern den Willen des Vermieters, der durch die Dauerleistung der fortwährenden Gebrauchsgewährung seine Verbindlichkeit erfüllt.

Freilich darf dieser Gesichtspunkt nicht übertrieben werden. Der Mieter braucht keineswegs bei jedem einzelnen Akte der Sachnutzung den Vermieter anzurufen. Diesen trifft nicht allein, ja nicht einmal an erster Stelle die Pflicht zur Vornahme positiver Gewährungshandlungen, sondern auch, ja vorwiegend diejenige zur Nichthinderung der eigenen Gebrauchshandlungen des Mieters — nicht allein zum facere, sondern zum pati. Es ist daher auch keine verbotene Eigenmacht, sondern ein durchaus obligationsmäßiger Zustand, wenn der Mieter für sich selbst Gebrauchshand-

lungen vornimmt, ohne den Vermieter jedesmal besonders zu befragen. Denn er darf unterstellen, daß derselbe seiner Duldungspflicht Genüge leisten werde. Ja, eine Hinderung des Gebrauches durch den Vermieter würde den Mieter zur Notwehr berechtigen.

Das gilt alles auch dann, wenn der Mieter oder Pächter nicht im Besitze der Sache ist, z. B. A hat dem B seine Obst- oder Schilfernte pachtweise (oder auch käuflich) überlassen, ohne ihn in den Besitz des Gartens oder Teiches einzuweisen. Der Pächter (Käufer) begeht durch Einheimsen der ihm danach gebührenden Früchte keine verbotene Eigenmacht, sondern tut nur das, was zu dulden der Vertragsgegner verpflichtet ist. Dieser *darf* jedenfalls die erteilte Erlaubnis nicht zurückziehen, ja möglicherweise *kann* er das im Rechtssinne überhaupt nicht. So in den Fällen des BGB. § 956, Abs. 1, S. 2. Er wird dann entweder im Sinne einer Fiktion oder doch unwiderleglichen Rechtsvermutung wie jemand behandelt, der der übernommenen Pflicht nachkommt und das Angebot zur Uebereignung der dem Gegner überlassenen Nutzungen aufrechterhält. Oder es wird dem Pächter und Käufer sogar ein eigenes, selbständiges, vom Willen des Eigentümers unabhängiges Fruchtziehungsrecht zugebilligt [23]).

Auch das Forderungsrecht enthält ein Dürfen, aber ein Dürfen ganz anderer Art als bei dem Sachenrechte. Es stellt nicht eine einseitige, mehr oder minder schrankenlose Beherrschung eines rechtlosen Gegenstandes dar, sondern nur eine notwendig begrenzte Herrschaft über den Willen eines anderen Rechtssubjektes von grundsätzlicher Gleichberechtigung, geht also nur soweit, als dieser fremde Wille dem Berechtigten aus einem besonderen Grunde (Verpflichtungsgrunde) unterworfen ist. Allein aus diesem Zusammentreffen des Forderndürfens und Leistenmüssens kann sich ein Forderungsrecht ergeben: wie das bloße Forderndürfen, dem der Gegner nachkommen kann, aber nicht nachkommen muß, kein Recht begründet, so auch nicht das Leisten-

23) Das Nähere über diese bekanntlich streitige Frage gehört nicht hierher.

müssen ein Recht des Leistungsempfängers, wenn es nicht gerade ihm gegenüber besteht.

Natürlich muß dieses Leistenmüssen, um als solches gelten zu können, mit irgendwelchen rechtlichen Zwangsmöglichkeiten belegt sein. Die Anwartschaft auf klageweise Durchsetzung ist davon zwar die weitaus wichtigste, im Zweifel ohne weiteres gegebene, aber weder die einzige noch eine unbedingt unerläßliche. Schon deshalb nicht, weil das Klagerecht nach der richtigen Auffassung überhaupt nichts Privatrechtliches ist. Daß es wenigstens bis auf weiteres fehlen und trotzdem ein privatrechtliches Forderndürfen und Leistenmüssen gegeben sein kann, spricht mit dürren Worten BGB. § 1394 aus („die Frau kann Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutzeinwirkung gegen den Mann *zustehen*, erst nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung gerichtlich geltend machen").

Nur ist überall da, wo das Gesetz den gerichtlichen Rechtsschutz versagt, zu prüfen, ob damit nicht in Wahrheit auch das Vorhandensein eines Anspruches und somit eines privaten Forderungsrechts hat ausgeschlossen werden sollen. Aber auch umgekehrt, ob nicht da, wo *wörtlich* das letztere verneint wird, in Wahrheit nur der prozessuale Klageschutz gemeint gewesen sei; so *vielleicht* bei Spiel und Wette (BGB. § 762).

Das Forderungsrecht ist also ein Recht auf die (positive oder negative) Handlung des Schuldners. Nicht ein Recht *an* der Handlung: denn diese *soll* ja erst vollzogen werden, gehörte vor ihrer Vornahme der Welt des Seins noch gar nicht an, während *nach* ihrer Vornahme das Recht nicht mehr besteht. Ebensowenig ein Recht am *Vermögen* des Schuldners [24]). Ganz davon abgesehen, daß die geschuldete Handlung nicht überall gerade aus den Mitteln des schuldnerischen Vermögens zu erbringen ist, läßt dieses sich auch im Uebrigen nicht als Gegenstand der *Schuld* erachten, sondern nur als Gegenstand der davon verschiedenen *Haftung*: das Vermögen des Schuldners bildet

24) Wie gelegentlich behauptet worden ist, vgl. die Angaben bei Oertmann, Jahrb. Dogm. 66, S. 172.

den naturgemäßen Befriedigungsfonds für seine Schulden — zunächst für die Geldschulden, dann aber auch für die anderen Schulden, weil und soweit auch diese in Geldschulden übergehen können — und kann daher von den Gläubigern im Wege des Vollstreckungszugriffs in Angriff genommen werden. Diese Vermögenshaftung begründet keine pfandmäßige Gebundenheit der einzelnen Vermögensstücken — eine solche wäre wirtschaftlich nicht zu ertragen und widerspräche allen Grundsätzen moderner Pfandrechtspolitik. Sie würde auch dem Gläubiger selbst im Grunde mehr schaden als nützen. Denn nicht gerade in dem einmal gegebenen Zustande, sondern in den nach den Grundsätzen der wirtschaftlichen Gestaltung und Entwicklung wechselnden jeweiligen Bestandteilen kann das Schuldvermögen seine Aufgabe als Befriedigungsfonds für die Gläubigen allein erfüllen. Veräußerungen einzelner Stücke sind daher formell und, soweit wirtschaftlich gerechtfertigt, auch materiell einwandfrei. Nur soweit sie zur Benachteiligung der Gläubiger oder doch in unwirtschaftlicher Weise unentgeltlich vollzogen werden, sind sie zwar nicht nichtig, aber nach den bekannten Regeln des Konkurs- und Gläubigeranfechtungsrechtes einem persönlichen Rückforderungsanspruch unterworfen. Und Veräußerungen des Gesamtvermögens werden dadurch für die Gläubiger unschädlich gemacht, daß sie nach den bekannten Vorschriften moderner Rechte (in Deutschland jetzt BGB. § 419) zu einer gesetzlichen Schuldübertragung auf den Erwerber führen, die freilich nach § 419 sachgemäß auf den Bestand des übernommenen Vermögens beschränkt ist und den alten Schuldner von seiner Verbindlichkeit nicht entlastet.

V.

Die Urheberrechte werden bekanntlich von manchen Schriftstellern, besonders O. v. Gierke, zu den Persönlichkeitsrechten gezählt. Und daran ist selbstverständlich soviel richtig, daß die geistige Schöpfung unmittelbar der Persönlichkeit ihres Urhebers entstammt und diese genetische Abhängigkeit sich auch

in der rechtlichen Behandlung bedeutsam widerspiegelt. Aber andererseits hat die geistige Schöpfung sich mit ihrer Entstehung oder doch Veröffentlichung von der Person ihres Urhebers losgelöst, ist ein selbständiges, von deren Schicksalen unabhängiges Kulturgut geworden. Und wenn dem Urheber auf ihre Verwertung ein Ausschließungsrecht zusteht, so ist das nicht, wie das Persönlichkeitsrecht, ein Recht an dem, was er selbst *ist*, sondern an einem zwar nur geistigen, aber in dieser Geistigkeit doch wahrnehmbaren und wirksamen Gegenstande der *Umwelt*. Daß man ihm an diesem Gegenstande ein Ausschließungsrecht zubilligt, ist aus dem in der Schöpfung des Werkes liegenden kulturellen Verdienst heraus so beifallswert wie nur möglich; es wird gleichmäßig aus sozialethischen wie motivationspolitischen Erwägungen gerechtfertigt. Aber kein Werk ist ein *ausschließliches* Verdienst seines unmittelbaren Schöpfers; die ganze Zeit mit ihrer Kultur hat daran mitgearbeitet, hat es erst ermöglicht. Und vollends das veröffentlichte Werk geht, wenn es überhaupt dauernden Wert und Verwendungsmöglichkeit behalten soll, so in das Gemeinbewußtsein über, daß die Person des Urhebers dahinter mehr und mehr verschwindet und dafür die Gesamtheit es sich innerlich wie äußerlich immer mehr zu eigen macht, in ihren Gemeinbesitz hineinarbeitet. Das rechtfertigt, ja erfordert eine mehr oder minder eingreifende *zeitliche Beschränkung* des Urheberrechts; sonst würde dieses schließlich zum einfachen Monopolrecht verdienstloser Enkel des Schöpfers herabsinken, würde bei ihm Vernunft Unsinn, Wohltat Plage werden.

Im Sinne der Innenwirkung enthält auch das Urheberecht, wie jedes Privatrecht, ein Dürfen, nämlich das Nutzen- und Verwertendürfen der künstlerischen oder gewerblichen Schöpfung. Es ist daher dem Sachenrecht, besonders dem Eigentum ähnlich, und die Auffassung früherer Zeiten, die darin in aller Form ein „geistiges Eigentum" erblickte, hat immerhin eine gewisse Berechtigung. Freilich nur eine gewisse: es ist unter allen Umständen mißlich, das Wort Eigentum auf Verhältnisse anzuwenden, die dem echten Eigentum doch nun einmal formell nicht wesensgleich

sein können; man würde den Eigentumsbegriff damit zu unbrauchbarer Weite verflüchtigen. Aber auch die praktisch-rechtspolitische Betrachtungsweise weist zu große Unterschiede auf, um eine gleiche oder doch angenäherte Bezeichnung sachgemäß erscheinen zu lassen. Insbesondere ist ja das Eigentum das zeitlich unbegrenzte, ewige Recht, während das Urheberrecht, wenn auch vielleicht nicht begrifflich, so doch, wie wir sahen, im Sinne jedweder gesunden Rechtspolitik von vornherein nur als zeitlich begrenztes anerkannt werden kann.

Daß das Geisteswerk, das der ausschließlichen Nutzung durch den Berechtigten offensteht, gerade von diesem selbst geschaffen sein müsse, ist kein begriffliches Erfordernis: ein anderes kann sich nicht nur aus der Uebertragbarkeit des Urheberrechts ergeben, sondern auch von Anfang an da eintreten, wo das Urheberrecht statt des Urhebers dem Verleger zugesprochen wird, wie bekanntlich — auf Grund besonderer Privilegien gewisser Verleger — im älteren deutschen Recht. Aber auch da, wo laut mancher Patentgesetze das Recht nicht ohne weiteres dem Verfasser (Erfinder), sondern dem ersten Anmelder zugebilligt wird, der doch keineswegs notwendig mit dem Erfinder dieselbe Person ist.

VI.

Während für die rechtliche Betrachtung im Sachen- und Urheberrecht die Außenwirkung, im Schuldrecht die Innenwirkung entschieden überwiegt, zeigt das Familienrecht im Nach- und Nebeneinander der verschiedenen Rechtsordnungen und der dahin gehörigen Gebilde eine bunte Mannigfaltigkeit.

In der ältesten Zeit insbesondere des Römischen Rechts begründete die eheherrliche und väterliche Gewalt (potestas) eine einseitige, eigentumsartige Herrschaft, die der Entwicklung echter, auf grundsätzlicher Gleichstellung beruhender gegenseitiger Rechts- und Pflichtverhältnisse keinen Spielraum ließ. Die rechtliche Bedeutung erschöpfte sich wesentlich in der Außenwirkung, kraft deren der Hausvater den Hausſohn von jedem herausverlangen konnte, der ihm denselben vorenthielt und dadurch die Ausübung der

Herrschaft störte. Die Römer sprachen dabei bekanntlich geradezu von einer vindicatio filii, die man allerdings nach der bekannten Hauptstelle (l. 1, § 2, Dig. VI, 1) nur „adiecta causa" gewährte, offenbar, weil die Verschiedenheit zwischen der potestas über eine Person und des echten dominium über eine Sache sich wenigstens der späteren, entwickelten sozialethischen Auffassung aufgedrängt hatte. Aus diesem Grunde tritt die Anwendung der Vindikation auf die Familienverhältnisse im späteren römischen und vollends im gemeinen Recht mehr und mehr zurück, und ihre gemeinrechtliche Möglichkeit war zweifelhaft und streitig [25]). Sicher ist jedenfalls, daß schon die Römer statt der Vindikation den Schutz des Gewalthabers durch Interdikte bevorzugten, s. l. 1, § 2 cit., tit. Dig. 43, 30, Cod. 8, 8 (interdicta de liberis exhibendis ac ducendis), die wenigstens analog auch der Mutter zugesprochen wurden.

Doch war dieser Unterschied mehr formell als materiell bedeutsam. Denn auf alle Fälle war auch der Interdiktenschutz ein absoluter, beruhte auf der Anerkennung der Außenseite des Familienverhältnisses. Und dabei ist es im geltenden Recht geblieben, s. BGB. § 1632.

Dies, obwohl sich im Innenverhältnis eine Wandlung vollzogen hat: das einseitige Herrschafts- ist zu einem Recht- und Pflichtverhältnis abgewandelt. Allerdings nicht im Sinne einer grundsätzlichen Gleichberechtigung der Beteiligten: soweit dem Vater — und neben ihm nunmehr auch der Mutter — über das Kind die elterliche Gewalt zusteht, ist die Entwicklung zwischen der ursprünglichen eigentumsartigen, unbeschränkten Herrschaft und einem auf grundsätzlicher Gleichberechtigung beruhenden schuldartigen Verpflichtungsverhältnis etwa in der Mitte stehen geblieben [26]). Das wesentlich schranken-

25) Dafür u. a. Brinz, Pandekten, Aufl. 2, Bd. III, § 458, RG. Entsch. 10, S. 115, dagegen Thon a. a. O., S. 188, Anm. 94 und schon für das Röm. R. Demelius, Exhibitionspflicht, S. 244 f. Vgl. auch Windscheid, § 520, Anm. 6.

26) Darüber ausführlich Nawiasky in der Festschrift für Zitelmann, 1912.

lose Herrschendürfen eines Subjekts über ein Objekt und das auf grundsätzlicher Gleichberechtigung beider Teile beruhende bloße Schuldverhältnis sind keine kontradiktorischen, sondern konträre Gegensätze, zwischen denen das zwar überall mehr oder weniger eingeschränkte, aber im Rahmen seines Inhalts mit grundsätzlicher Unterordnung der beherrschten Person unter die herrschende verbundene Gewaltverhältnis steht. Das Gewaltverhältnis ist bereits, anders als das sachenrechtliche Herrschendürfen, eine Relation zwischen zwei Personen, aber nicht zwischen grundsätzlich gleichberechtigten. Sein Unterschied gegenüber den obligatorischen Verhältnissen zeigt sich praktisch besonders darin, daß der Gewalthaber dem Gewaltunterworfenen gegenüber nicht auf die Anrufung der staatlichen Rechtshilfe beschränkt ist, sondern eine Durchsetzung des ihm geschuldeten Gehorsams grundsätzlich im Wege der Eigenmacht erzielen kann [27]). Aehnlich auch beim Vormund, während die frühere Gewaltstellung des Ehemanns gegenüber der Ehefrau heute fast [28]) restlos zu einem für beide Teile gleichartigen Recht- und Pflichtverhältnis herabgeschraubt worden ist.

Solche Gewaltverhältnisse finden sich keineswegs nur im Gebiete des Familienrechts. Auch das Arbeitsrecht war, solange darin die patriarchalische Anschauung früherer Zeiten anerkannt blieb, als Gewaltverhältnis gestaltet; noch heute sind davon im Rechte des Lehrvertrages (vgl. Gew.Ordn. §§ 127 und 127 a), und mindestens bis zur Beseitigung der Gesindeordnungen durch die Revolutionsregierung, aber im Grunde auch noch heute, im Gesinderecht erhebliche Spuren übrig geblieben (vgl. z. B. Preußische Gesindeordnung § 51). Und im öffentlichen Rechte einschließlich des Prozeßrechts findet sich eine Gewaltunterworfenheit des Untertanen gegenüber der Obrigkeit von jeher und allüberall verwirklicht. Aber schon diese Beobachtung tut deutlich dar, daß es sich auch beim Gewaltverhältnis nach der modernen Anschauung überall um ein echtes

27) S. v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 145.

28) Eine gewisse Ausnahme enthält BGB. § 1358.

relatives Rechtsverhältnis handelt, nicht um ein unbeschränktes Herrschaftsrecht nach Art des Eigentums.

Immerhin tritt bei den familienrechtlichen Gewaltverhältnissen, insoweit den Sachenrechten nicht unähnlich, für die rechtliche Betrachtung die Außenwirkung in den Vordergrund, und es ist erklärlich, wennschon nicht gerechtfertigt, daß manche Schriftsteller demgemäß in dem Familienrechte einfach absolute Rechte, den Sachenrechten verwandt, erblicken [29]), während mit mehr Recht auch bei ihnen eine absolute und eine relative Seite — jene im Sinne der Außen- diese in dem der Innenwirkung — geschieden werden sollte [30]).

Im Eherecht dagegen tritt heute die absolute Außenwirkung gegenüber der beiderseits verpflichtenden Innenseite des Verhältnisses durchaus zurück. Von einem absoluten Schutz gegen Dritte mittelst des interdictum de uxore exhibenda ac ducenda (l. 2, Dig. 43, 30; l. 11, Cod. 5, 4) weiß das Bürgerliche Gesetzbuch jedenfalls wörtlich nichts; es regelt allein das Innenverhältnis, und zwar im Sinne eines beiderseitigen Verpflichtungsverhältnisses, um dessen Abgrenzung gegenüber den echten Schuldverhältnissen man sich vielfach und nicht immer mit Erfolg bemüht hat [31]). Der von einigen als allein entscheidend hervorgehobene Unterschied, daß das Forderungsrecht eine Vermögenshaftung mit sich bringe, das familienrechtliche Verpflichtungsverhältnis nicht [32]), trifft zwar zu, erschöpft aber nicht das Wesen der Sache und erhebt ein sekundäres Moment in nicht empfehlenswerter Weise zu einem primären. Besser wird man den Gegensatz wohl darin setzen, daß familien-, insbesondere eherechtlich nur diejenigen Verpflichtungen der Ehegatten sind, die auf die Gestaltung der Sachlage im Sinne der ehelichen Gemeinschaft als solcher, auf die Herstellung des ehelichen Lebens im weitesten Sinne, gerichtet

29) S. die Angaben bei Nawiasky a. a. O., S. 8 f.

30) Richtig z. B. Crome I, S. 167, Gierke I, S. 258, 262.

31) Während andere einen inneren Unterschied ganz ableugnen, so Thon, S. 191.

32) So v. Tuhr, Allg. Teil I, S. 146;

sind. Soweit das nicht der Fall, wie wenigstens in gewissem Sinne bei der Unterhaltspflicht (vgl. BGB. § 1361), läßt sich ein *inhaltlicher* Unterschied gegenüber gewöhnlichen Forderungsrechten nicht mehr ausfindig machen; das besondere familienrechtliche Element liegt dann nur noch im *Entstehungsgrund*.

Trotzdem darf auch im Eherecht die *Außenwirkung* nicht übersehen werden. Sie ist ihm zum allermindesten in dem gleichen Sinne eigen, wie beim Forderungsrecht und kann unter Umständen, wie bei diesem, zu Schadensersatzansprüchen gegen den dritten Störer führen, insbesondere nach BGB. § 823[1]. In Wissenschaft und Rechtsprechung ist das freilich bekanntlich bislang außerordentlich bestritten [33]), auch einer näheren Untersuchung und Abgrenzung noch in hohem Maße bedürftig. Aber *grundsätzlich* wird es sich mit Fug nicht ablehnen lassen. Und dann ist es nur folgerecht, auch ohne ausdrückliche Anerkennung im Gesetze eine Klage des Ehegatten gegen dritte Personen zuzulassen, die ihm den anderen Ehegatten — etwa im Zustande der Geisteskrankheit, Bewußtlosigkeit oder sonstigen persönlichen Hilflosigkeit — vorenthalten und die Herstellung des ehelichen Lebens stören. Ist freilich der andere Ehegatte an der Herbeiführung oder Unterhaltung des ehewidrigen Zustandes selbst aktiv beteiligt, so wird der Anspruch lediglich oder doch an erster Stelle gegen ihn selbst auf Grund des internen Verpflichtungsverhältnisses zu richten sein.

VII.

Auf das *Erbrecht* braucht in diesem Aufsatz nicht eingegangen zu werden. Denn *das* dürfte heute sicher sein, daß wir es dabei nicht mit einer besonderen Art von Rechten eigenartiger Struktur zu tun haben. Was der Erbe erwirbt, ist ein Komplex mannigfaltiger Rechte (und Pflichten) von untereinander

33) Gegen deliktische Verantwortlichkeit des dritten Störers u. a. RG. Entsch. 71, Nr. 27, S. 128, auch mein Kommentar zu § 823, Ziffer 3 c γ, dafür *Gierke*, D. Privatrecht III, S. 891, Anm. 38.

meist höchst verschiedenem Gehalt, zusammengefaßt lediglich durch die Einheit des Erwerbsaktes, daneben gewisser besonderer Zwecke, denen der ganze Komplex zu dienen berufen ist, insbesondere als vorzüglicher gemeinsamer Befriedigungsfonds für die Erbschaftsgläubiger.

Ein besonderes „Erbrecht" neben den einzelnen ererbten Rechten hat der Erbe nicht. Und man muß es daher auch ablehnen, im Erbschaftsanspruch einen materiell selbständigen, eigenartigen Anspruch nach Art etwa des Eigentumsanspruchs zu erblicken. Er enthält vielmehr in der Sache nichts als eine Zusammenfassung der verschiedenen Einzelansprüche wegen der einzelnen Erbschaftsstücke, eine Zusammenfassung, aus der sich freilich sowohl prozeß- wie materiell-rechtlich gewisse Beeinflussungen des Gehalts dieser Einzelansprüche ergeben (s. z. B. BGB. §§ 2026, 2029).

Dagegen wäre im Rahmen einer Abhandlung über die Struktur der Privatrechte an sich noch auf die Ansprüche und Einreden sowie auf die Gestaltungsrechte einzugehen. Doch will ich das um deswillen unterlassen, weil für eine ausführliche Darstellung dieser zum Teil noch ungenügend erforschten Rechtsphänomene hier kein Raum ist, während ich in einer kurzen Uebersicht wesentlich nur das wiederholen könnte, was ich bereits an anderer Stelle [34]) ausgeführt habe [35]).

Nur das sei kurz bemerkt: der Unterschied von Herrschaftsrechten und Leistungsrechten läßt sich auf Ansprüche — und Einreden — nicht anwenden; jeder Anspruch ist ein Recht auf ein gewisses Verhalten eines bestimmten Gegners und insofern den Forderungsrechten verwandt. Zuweit geht freilich die Ansicht, in jedem Anspruch einfach ein Forderungsrecht zu sehen: der dingliche und familienrechtliche Anspruch unterscheiden sich vom obligatorischen nicht allein im Entstehungsgrunde, sondern auch,

---

34) Im Kommentar zum Allgemeinen Teil, S. 581 f., 587 f. und 595 f.

35) S. jetzt auch die vorzügliche Erörterung von v. Tuhr, Allgem. Teil I, S. 159 f.

soweit sie nur auf Herstellung eines dem dinglichen und Familienrechte entsprechenden Zustandes gehen, im Zweck und Dauer.

Der obligatorische Anspruch freilich ist vom Forderungsrecht nicht zu scheiden und deckt sich restlos mit ihm insoweit, als es in einem einzigen Anspruch aufgeht, wie z. B. das Schuldverhältnis aus dem zinslosen Darlehen in dem Anspruch auf Rückgabe. Wo dem freilich nicht so ist, muß das Schuldverhältnis als Ganzes von den daraus erst entspringenden Einzelansprüchen als deren gemeinsame Grundlage geschieden werden.

Weiterhin dürfte den Ansprüchen daneben unterschiedslos eine absolute Wirkung, ein Rechtsschutz nach außen, im gleichen Sinne zukommen, wie es bei den Forderungsrechten der Fall ist.

Der Anspruch ist zwar die wichtigste, aber keineswegs die einzige Art der Rechtsbetätigung: der Rechtsträger bedarf seiner nicht bei der Ausübung dinglicher Herrschaftsrechte wie personenrechtlicher Gewaltverhältnisse, wo er durch alleinigen, einseitigen Zugriff selbst einen dem Rechte entsprechenden Zustand herbeiführen kann. Aber auch zur Durchsetzung einer schuld- oder familienrechtlichen Verpflichtung sowie zur Geltendmachung des Rechtsschutzes im Außenverhältnis gibt es neben dem Anspruch vielfach anderweite Durchsetzungsmöglichkeiten: so besonders die Einrede, die keineswegs einfach eine unselbständige Folgewirkung des Anspruchs ist und daher von dessen rechtlichen Schicksalen nicht überall mitbetroffen wird (vgl. BGB. §§ 478, 821, 853).

Auf Gestaltungsrechte läßt freilich der Gegensatz der Außen- und Innenwirkung sich insoweit anwenden, als der störende Eingriff auf das Gestaltungsrecht Dritten verboten ist, bei Vermeidung deliktischer Verantwortlichkeit nach § 823, Abs. 1 (s. Oertmann dazu Ziffer 3 f. und dort zitierte, dazu v. Tuhr a. a. O., S. 218). Das gilt insbesondere vom Jagdrecht und anderen ausschließlichen Aneignungsrechten, meines Erachtens aber auch von Gestaltungsrechten, die gegenüber einer bestimmten Person ausübbar sind, soweit ein Dritter in der Lage ist, störend darin einzugreifen.

Dagegen kommen, was die Innenseite bei solchen Rechten anlangt, die Unterschiede zwischen den Rechten des Herrschendürfens und des bloßen Leistensollens nicht in Betracht, sondern nur der damit verwandte, aber nicht gleiche Gegensatz zwischen den absolut und den nur gegenüber einem bestimmten Gegner ausübbaren Gestaltungsrechten. Das Gestaltungsrecht weist überhaupt keinen selbständigen Inhalt auf, sondern ist nur ein „sekundäres" Gebilde, dazu bestimmt, eine Entstehung, Aenderung oder Endigung anderweiter, selbständiger Rechte hervorzurufen. Nach der Struktur dieser anderweiten Rechte nun auch die für sie bedeutsamen Gestaltungsrechte zu sondern, hätte schwerlich Sinn.

Den Gestaltungsrechten zugehörig oder doch damit nahe verwandt sind auch die Verwaltungsrechte an fremden Vermögensmassen, z. B. das des Ehemanns am eingebrachten Frauengut. Es handelt sich dabei um „Machtbefugnisse" [36]), deren Theorie erhebliche Schwierigkeiten macht und noch wenig geklärt ist. Der Berechtigte hat hier die Möglichkeit, über die Stücke des verwalteten Rechtskreises, freilich meist nicht unbeschränkt, zu verfügen, aber auch Verwaltungs- und sonstige Ausübungshandlungen daran vorzunehmen. Und zwar im eigenen Namen, während der Träger des übrigens verwandten Vertretungsrechtes im Namen des eigentlich Berechtigten auftritt [37]).

Endlich ist hier ganz kurz der Rechtsanwartschaften oder Anwartschaftsrechte zu gedenken, wie sie sich nicht selten finden, z. B. aus geschäftlich bedingten oder unter einer sogenannten Rechtsbedingung stehenden Geschäften, dann bei der Leibesfrucht, bei der Pfändung stehender Früchte usw. Hier liegt der Begründungstatbestand des Rechtes jedenfalls im Allgemeinen schon vor; es fehlt aber noch an einem durch Geschäft

36) v. Tuhr a. a. O., S. 167.

37) Das Nutzungsrecht an den einzelnen Stücken des Frauengutes ist m. E. als dingliches, nießbrauchähnliches Recht aufzufassen, so auch v. Tuhr a. a. O., S. 137.

oder Gesetz vorgeschriebenen Wirksamkeitserfordernis, oder aber eins der Elemente des Rechts (Subjekt oder Objekt) ist zwar schon im Entstehen begriffen, aber noch nicht wirklich entstanden.

Ob diese Anwartschaft schon die Bezeichnung eines wirklichen Rechts verdiene, ist sehr zweifelhaft und noch nicht endgültig untersucht [38]); meines Erachtens ist die Frage mindestens im Zweifel zu verneinen. Jene ist vielmehr zunächst an sich nur eine Entwicklungsstufe im Entstehungsprozeß des Rechtes, zu dem sie sich auszuwachsen berufen ist, also jedenfalls, mag man sie nun schon Recht nennen oder nicht, in ihrer Struktur der des Rechtes entsprechend, das sich aus ihr zu entwickeln vermag. Aber freilich dürfte in manchen Fällen — wo nämlich die Elemente des Rechts schon fertig vorliegen — nichts im Wege stehen, daß die Rechtsordnung die Anwartschaft selbst schon als Recht (besonderer, minderer Art) ausgestaltet: indem bei der Entstehung dieses Rechts von dem übrigens noch fehlenden Tatbestandsmoment oder Wirksamkeitserfordernis abgesehen wird.

---

38) S. dazu Zitelmann, Internat. Privatrecht, II, S. 50 f., Semeka, Arch. bürg. R. 35, S. 125 f., Fr. Leonhard, Arch. f. Rechtsphil. Bd. 10; Oertmann zu BGB. § 161, Z. 3 und in „Die Rechtsbedingung", 1924, S. 121 f.

Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften *).

Von

Otto Lenel, Professor in Freiburg i. B.

Das Problem, was unter Irrtum über wesentliche Eigenschaften zu verstehen ist, beschäftigt nicht nur die Ausleger unseres BGB. Es bestand schon unter der Herrschaft des römischen Rechts und taucht überall auf, wo die gesetzliche Regelung des Gegenstands durch die romanistische Wissenschaft bestimmt ist. Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften ist ja nichts anderes als der error in substantia des Corpus iuris, so wie er von einflußreichen romanistischen Schriftstellern verstanden wurde, und wenn unser Gesetzbuch die Formulierung Savignys [1]) wiedergibt, so haben dagegen ältere Gesetzbücher einfach das vieldeutige Wort „substantia" übernommen und es der Wissenschaft überlassen, sich, so gut sie konnte, damit abzufinden. So sagt der französische Code civil art. 1110:

*) Der obige Gegenstand ist von mir vor Jahren in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 44 behandelt worden. Ich habe die dort vertretene Auffassung schon seit geraumer Zeit aufgegeben, weil ich sie als undurchführbar erkannte; man wird es daher verstehen, wenn ich auf die Gründe, mit denen sie (neuerdings wieder von Schnitzer in diesem Archiv N. F. Bd. 1 S. 203 f.) bekämpft worden ist, heute nicht weiter eingehe. Meinen gegenwärtigen Standpunkt habe ich bereits in einem Artikel dargelegt, der in der Madrider revista de derecho privado (Jahrg. 1924 S. 97 f.) erschienen ist. Da diese Zeitschrift aber in Deutschland wohl nur von sehr Wenigen gelesen wird, glaubte ich das Gehör auch der Leser des Archivs erbitten zu sollen.

1) System III S 276 f.

L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Genau entsprechend der italienische Codice civile art. 1110:

L'errore di fatto non produce la nullità del contratto, se non cade sopra la sostanza della cosa che ne forma l'oggetto.

Ebenso der spanische Código civil art. 1266:

Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato ó sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo á celebrarlo.

Die unmittelbare Quelle des Art. 1110 des C. c. und die mittelbare der beiden anderen Gesetzgebungen war, wie auch sonst so oft, Pothiers traité des obligations. Nachdem hier in Nr. 17 festgestellt ist: „Il ne peut y avoir consentement lorsque les parties ont erré sur l'objet de leur convention", fährt Pothier (Nr. 18) fort: „L'erreur annulle la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose." Als Beispiel gibt er den Fall, wo jemand kupferne, aber versilberte Leuchter in der irrigen Meinung gekauft hat, sie seien von Silber; und er begründet die Entscheidung mit der Behauptung, daß ein derartiger Irrtum den Konsens ausschließe. Denn, sagt er, „la chose que j'ai voulu acheter, étant une paire de chandeliers d'argent, ceux que vous m'avez présentés à vendre, étant des chandeliers de cuivre, on ne peut pas dire que ce soit la chose que j'ai voulu acheter". Ganz anders, meint er, liege die Sache, wenn der Irrtum nur „quelque qualité accidentelle de la chose" betreffe, wie z. B. wenn ich ein schlechtes Buch in der Meinung gekauft habe, es sei vortrefflich. Hier sei das gekaufte Buch wirklich das Buch, das ich kaufen wollte — la chose que j'ai voulu acheter, et que j'ai eue en vue —, und kein anderes, der Irrtum ein bloßer unerheblicher Irrtum im Motiv. Es liegt auf der Hand, daß die hier gemachte Unterschei-

dung unhaltbar ist. Mag der erste der beiden von Pothier angeführten Fälle anders zu entscheiden sein als der zweite, was ich einstweilen dahingestellt sein lasse, jedenfalls kann der Grund für diese verschiedene Behandlung nicht darin gefunden werden, daß die psychologische Bedeutung des Irrtums dort eine andere wäre als hier. In beiden Fällen waren die Parteien über das Objekt des Kaufes einig, und es handelte sich nur um einen Irrtum im Motiv. Dort wurde der Käufer zu dem Kauf bewogen durch die irrige Vorstellung, daß die gekauften Leuchter von Silber seien, hier durch die, daß das gekaufte Buch vortrefflich sei. Ob die irrig vorausgesetzte Eigenschaft der Sache eine qualité substantielle oder accidentelle ist, kann für die Frage des Konsenses über den Gegenstand des Kaufs nichts ausmachen. Konsequent hätte Pothier auch im ersten Fall sagen müssen, es sei die Sache gekauft worden „que j'ai voulu acheter et que j'ai eue en vue".

So augenscheinlich diese Mängel von Pothiers Theorie sind, so hat sie gleichwohl in der französischen Literatur stark nachgewirkt [2]). Freilich nicht alle, die sich für Anhänger Pothiers ausgeben, sind es in Wirklichkeit. Während nämlich Pothier den Vertrag nur dann entkräftet werden läßt, wenn zwei Voraussetzungen zusammentreffen — wenn der Irrtum nämlich betrifft „la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue, *et* qui fait la substance de cette chose" —, lassen viele jener Schriftsteller die zweite Voraussetzung einfach unter den Tisch fallen, indem sie sie mit der ersten identifizieren. So glaubt, um nur einen anzuführen, z. B. Laurent [3]) die

2) Die neuere französische Literatur ist mir leider nur zu einem geringen Teil erreichbar; ich erwähne dies ausdrücklich, weil man sonst auf den Gedanken kommen könnte, der Boykott, durch den die meisten französischen Gelehrten auch heute noch nicht die deutsche Wissenschaft, sondern sich selbst herabsetzen, sei die Ursache, weshalb ich sie nicht zitiere. Von der italienischen Literatur konnte ich nur Lomonaco, Delle obbligazioni, 2. ed. (1912), einsehen. Er steht ganz im Banne der Franzosen. Uebersicht über französische und italienische Literatur bei Fubini, rev. trimestr. de dr. civ. I (1902) S. 301 f.

3) Principes de droit civ. XV nr. 488. In demselben Sinne noch

Ansicht Pothiers wiederzugeben, indem er sagt: „L'erreur sur la substance est donc une erreur sur les qualités, mais toute erreur sur les qualités n'est pas substantielle, il faut qu'elle tombe sur une qualité principale, et c'est l'intention des parties qui décidera si une qualité est principale ou non; il faut voir ce que les parties ont eu en vue en contractant." Und während nach Pothier der error in substantia zweifellos den Konsens ausschließt (er folgt hierin dem römisch-justinianischen Recht), wird eben dies von Laurent[4]) unter irrtümlicher Berufung auf Pothier entschieden bestritten! Einen Fortschritt bedeutet die Formulierung Laurents gegenüber der von Pothier sicherlich nicht. Nach Laurent würde jeder Irrtum über eine qualité principale den Vertrag vernichten, und ob sie principale sei, würde sich nach der „intention des parties" richten, d. h. darnach, ob sie für den Entschluß der Parteien bestimmend war oder nicht. Der Parteien! Aber es wird ein selten oder nie vorkommender Fall sein, daß beide Parteien durch die Rücksicht auf dieselbe Eigenschaft der Sache zum Vertrag bewogen wurden. Auch in Pothiers Musterfall beruhte zwar der Konsens des Käufers auf der irrigen Vorstellung, daß die kupfernen Leuchter von Silber seien, aber doch nicht der des Verkäufers. Nicht von der „intention des parties" hätte Laurent reden müssen, sondern von der intention der einen, der im Irrtum befindlichen Partei[5]). Dann aber läuft seine Lehre auf den unerhörten und unerträglichen Satz hinaus, daß jeder Vertrag der action en nullité ausgesetzt sei, sobald auch nur eine Partei dadurch zu seiner Eingehung bestimmt wurde, daß sie dem Gegenstand des Vertrags irrig irgendeine beliebige Eigen-

---

neuerdings Planiol, traité élém. 6. éd. II. (1912) nr. 1053, Colin-Capitant, Cours élém. de dr. 3. éd. (1921) S. 281.

4) l. c. nr. 489.

5) So denn auch der französische Kassationshof (Sirey rec. 1913 I 487): „L'erreur doit être considérée comme portant sur la substance même de la chose, lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté." Planiol und Colin-Capitant l. c.

schaft zuschrieb, z. B. dem gekauften Buch die Eigenschaft, daß es vortrefflich sei, oder dem gekauften Hund die Eigenschaft, daß er wachsam sei [6]).

Allgemeine Annahme hat diese Doktrin freilich nicht gefunden. Andere französische Schriftsteller suchen den Begriff der „qualité substantielle" nicht nach der „intention des parties", sondern nach objektiven Momenten zu bestimmen, in der gleichen Formulierung, die wir bei Savigny und vielen anderen deutschen Schriftstellern finden. Es sollen unter diesen Begriff diejenigen Eigenschaften fallen, die die Artzugehörigkeit der Sache bestimmen, deren Mangel also die Sache zu einer Sache anderer Art macht [7]): „toute qualité qui, n'étant pas susceptible de plus ou de moins, fait passer l'objet dans telle espèce ou dans telle autre espèce selon que cette qualité existe ou n'existe pas" (Marcadé). Allein, wie längst bemerkt worden ist, dieser Definitionsversuch scheitert an der Relativität des Artbegriffs [8]). Man unterscheidet nicht bloß Wein von anderen Getränken, sondern auch die verschiedenen Weinsorten untereinander nach der Farbe, dem weiteren und engeren Herkunftsbezirk, dem Jahrgang, ja der Kellerei. Aehnlich auch Zigarren. Es gibt eine Menge von Arten Porzellans; das Porzellan berühmter Fabriken wird je nach der Zeit seiner Herstellung in zahlreiche Unterarten eingeteilt, und bei diesen wird wieder Porzellan erster, zweiter, dritter Wahl unterschieden. Ist jeder in diesen Richtungen obwaltende Irrtum ein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft? Es ist offenbar ganz unmöglich, hier eine Grenze zu ziehen. Il est bien difficile, sagen Colin-Capitant (a. a. O. S. 281), de déterminer a priori ce qui donne à chaque objet son caractère spécifique, et d'éliminer par conséquent l'appréciation du

6) Diese Einwendung muß auch gegen die Fassung des Art. 1266 des spanischen Código civil erhoben werden. Während Pothier, wie oben gesagt, zwei Voraussetzungen für die Annullierung kumuliert, stellt der Código civil sie alternativ nebeneinander (ó — statt y — sobre aquellas condiciones etc.).

7) Vgl. z. B. die bei Laurent angef. Aubry-Rau IV § 343 bis, Marcadé, IV zu Art. 1110 nr. II.

8) Vgl. meine Abh. in den Jahrbb. Bd. 44 S. 5.

juge, ce qui devrait être cependant le résultat d'un système objectif. Die Verfasser hätten ruhig sagen können: il est impossible. Keine Verbesserung, sondern eine Verschlechterung dieses sog. système objectif ist es, wenn Huc in seinem Kommentar zu C. c. Art. 1110 die Entscheidung davon abhängig machen will, ob je nach dem Vorhandensein oder dem Fehlen der Eigenschaft die Sache von der Sprache mit einem anderen Substantiv bezeichnet werde. Das Wort, womit eine Sache bezeichnet wird, wird keineswegs immer durch ihr Wesen bestimmt, vielmehr spielen hier alle möglichen Zufälligkeiten mit. Alle Arten Leuchter, ob sie nun von Gold, von Silber, von Kupfer oder Porzellan sind, Kunstwerke oder Fabrikware, heißen Leuchter. Dagegen führen gewisse Arzneimittel, wenn sie in einer bestimmten Fabrik hergestellt sind, einen anderen Namen, als wenn sie der Apotheker nach Rezept bereitet. Wie kann man darnach entscheiden wollen, welche Eigenschaften wesentlich sind, worin die „substance" einer Sache liegt! [9]).

Man sieht, die Franzosen schlagen sich mit dem Begriff der wesentlichen Eigenschaft ebenso vergeblich herum, wie wir es tun. Praktisch spielen denn auch diese Definitionsversuche eine sehr geringe Rolle; die Gerichte lassen die Anfechtung dann zu, wenn ihr Billigkeitsgefühl für deren Zulassung spricht. Allein es darf nicht übersehen werden, daß diesem Billigkeitsgefühl ein Werturteil zugrunde liegt [10]), ein Urteil über die Bedeutung der in Frage stehenden Eigenschaft für die Wertschätzung der Sache. Werturteile aber lassen sich nicht an feste Regeln binden, und so werden auch die Meinungen darüber, welche Wertdifferenz bedeutsam ist, welche nicht, unendlich auseinandergehen. Auch ist bei dem Wort „Wertschätzung" hier nicht nur an den pekuniären Wert zu denken, sondern auch an den ideellen. Ob ein Kunstwerk antik ist oder der Renaissance angehört, kann für seinen pekuniären Wert oft gleichgültig sein; für Sammler aber fällt

9) Gegen Huc vgl. auch Baudry-Lacantinerie und Barde, Traité des obl. I nr. 56, und Fubini l. c.

10) So richtig Gschnitzer in der oben angef. Abh.

dieser Unterschied sehr schwer ins Gewicht. Ist die Eigenschaft wesentlich? Unter solchen Umständen muß das richterliche Ermessen notwendig in Willkür ausarten. Es ist daher kein Wunder, daß die Entscheidungen nicht nur der deutschen, sondern auch der französischen Praxis weit auseinandergehen [11]). So ist es — ich führe diesen Fall an, weil er besonders häufig erörtert wird — die in Frankreich [12]) und wohl auch in Italien [13]) herrschende Praxis, daß der Kauf eines Gemäldes angefochten werden könne, wenn der Käufer sich über die Person des Malers geirrt habe, der Kauf einer modernen Statue dann, wenn der Käufer sie irrig für antik gehalten habe [14]). Andere Erkenntnisse dagegen setzen dem entgegen, daß man den Verkäufer doch nicht der Anfechtung des Vertrags aussetzen dürfe, wenn er das Bild gar nicht als Bild eines bestimmten Malers, die Statue gar nicht als antik verkauft habe [15]). Auch von Anhängern der herrschenden Meinung wird ferner zugegeben, daß die Anfechtung wenigstens dann ausgeschlossen sei, wenn das vermeintlich ganz eigenhändige Bild unter Mithilfe von Schülern des Meisters entstanden sei [16]). Und doch ist der Unterschied des künstlerischen Werts eines ganz von Rubens eigener Hand herrührenden Bilds und eines sogenannten Atelierbilds ein ungeheurer. Auffallend ist, daß in der französischen Literatur und Praxis die Entscheidung sehr häufig von Erwägungen abhängig gemacht wird, die mit der Anwendbarkeit des Art. 1110 gar nichts zu tun haben. So begegnet z. B. nicht selten die Meinung, der Irrtum über den Autor eines Gemäldes sei cause de nullité dann, wenn die Autorschaft eines bestimmten Malers Bedingung des Kontrakts ge-

---

11) Vgl. etwa die Musterkarte bei Fuzier-Herman, C. c. annoté zu Art. 1110 nr. 12 f., nr. 17 f.

12) Fuzier-Herman, l. c. nr. 17, 19 f.

13) Vgl. das bei Lomonaco (s. oben N. 2) I S. 133 angef. Urteil des röm. Kassationshofs.

14) Colin-Capitant II S. 281 u.

15) Fuzier-Herman, nr. 12 f.

16) Fuzier-Herman, nr. 18 bis.

wesen sei[17]). Und doch ist klar, daß, wenn dies der Fall war, der Kauf nicht wegen des Irrtums, sondern wegen der Defizienz der Bedingung nichtig ist[18]). Ein anderes Erkenntnis[19]) ließ auf Grund des Art. 1110 die Reszission des Kaufs eines Tisches zu, der als „table Louis XV." verkauft, aber nur eine moderne Nachahmung war; auch hier ist der wahre Grund der Anfechtung nicht der Irrtum, sondern der Mangel der vertragsmäßig zugesicherten Eigenschaft, wobei gar nichts darauf ankommen konnte, ob diese Eigenschaft eine qualité substantielle oder accidentelle war.

Dieser Stand der Literatur und Praxis, den wir ja auch in Deutschland beobachten können, drängt die Frage auf, ob denn überhaupt ausreichende Gründe bestehen, den Irrtum über die qualités substantielles anders zu behandeln als Irrtümer in sonstigen motivierenden Vorstellungen. Für den Gesetzgeber kann sich — so scheint es — die besondere Behandlung dieser Art Irrtums nur rechtfertigen, wenn irgendein besonderes schutzwürdiges Interesse des Irrenden sie forderte. Davon kann aber m. E. keine Rede sein. Gewiß ist es für den Käufer sehr schmerzlich, wenn den gekauften Sachen eine qualité substantielle, die er voraussetzte, fehlt; aber nicht schmerzlicher, als wenn er sich einfach über den Wert der Sache[20]), über Aussichten auf Gewinn, über die Möglichkeit, sie zu einem bestimmten Zweck zu verwenden, oder über einen sonstigen Punkt getäuscht hätte, der für seine Entschließung zu kaufen bestimmend war. In der Tat gibt es nun andere Rechte, die keine Sonderbestimmung für den error in substantia enthalten. Aber die Regelungen in diesen Rechten sind unter sich entgegengesetzt.

Gewisse Rechte erweitern das Gebiet der Anfechtung wegen

17) Fuzier-Herman, nr. 15, 16.

18) Ganz richtig schon Marcadé, zu Art. 1110 nr. III.

19) Fuzier-Herman, nr. 23.

20) Ein bloßer Irrtum über den Wert gilt weder nach der deutschen noch nach der französischen Praxis als erheblich (s. dagegen Gschnitzer a. a. O. S. 206 f.). Anfechtung wegen bloßen Irrtums über den Wert würde auf eine Anfechtung wegen laesio enormis führen, die noch weit über die gemeinrechtliche Bestimmung hinausginge.

Irrtums über das französische und deutsche Recht hinaus. So das revidierte Schweizer Obligationenrecht Art. 24 [4], wonach jeder Irrtum wesentlich ist, wenn er „einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde". Hier taucht der Begriff der Geschäftsgrundlage auf, den Oertmann (1921) zum Gegenstand einer besonderen Schrift gemacht hat. Ich kann mich der Kritik, die Locher in dieser Zeitschrift (N. F. Bd. 1 S. 1 f.) Oertmanns Lehre hat zuteil werden lassen, nur in allen Stücken anschließen [21]), halte diese Lehre für unklar und für ebenso gefährlich wie Windscheids vor Jahrzehnten von mir bekämpfte und heute fast allgemein aufgegebene Lehre von der Voraussetzung. Die Formulierung des Art. 24 [4] aber ist insofern noch bedenklicher als die Oertmanns, als dieser wenigstens verlangt, daß die Vorstellung, die für die eine Partei „Geschäftsgrundlage" sei, von der andern in dieser ihrer Bedeutsamkeit erkannt und nicht beanstandet worden sei, während das Schweizer ObIR. von diesem Erfordernis absieht [22]) und sich so der Lehre von der Voraussetzung noch mehr annähert. Nur einen allerdings bedeutsamen Unterschied weist die Formulierung des Art. 24 [4] gegenüber Windscheids Begriffsbestimmung auf: er liegt in den Worten „nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr". Es soll für die Anfechtung nicht genügen, daß eine Partei einen irrig vorausgesetzten Sachverhalt überhaupt als Grundlage des Vertrags betrachtete; es wird verlangt, daß diese Auffassung Treu und Glauben im Verkehr entspricht. Freilich ist die Formulierung nicht geschickt; es sollte nicht heißen „der vom Irrenden nach Treu und Glauben ..... betrachtet wurde",

21) Vgl. dazu noch meine eigenen Ausführungen in der Rev. de derecho priv. 1923 S. 199 f. und in der JW. 1924 S. 30.

22) Es scheint mir willkürlich, wenn v. Tuhr, Allgem. Teil des Schw. ObIR. I (1924) S. 260, für die Anfechtung verlangt, daß die Vertragsgrundlage in einer den Parteien gemeinsamen und für sie gleich wichtigen (?) Vorstellung bestehe.

sondern „den der Irrende nach Treu und Glauben ..... betrachten durfte“. Denn Treu und Glauben bieten die maßgebende Norm nicht dafür, ob eine bestimmte Auffassung stattgefunden hat, sondern nur dafür, ob sie berechtigt war. Legt man die Vorschrift in diesem Sinne aus, so gibt sie dem Richter die Handhabe, den unbilligen und gefährlichen Konsequenzen der Lehre von der Voraussetzung auszuweichen.

Sehr viel schlimmer ist die Formulierung in § 774 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn. Hier heißt es in Absatz 2:

> Der Irrtum ist wesentlich (d. h. er begründet ein Anfechtungsrecht), wenn er einen den Inhalt des Vertrags berührenden Umstand betrifft, den die allgemeine Auffassung bei der Vertragsschließung für wichtig hält, es stellte sich denn heraus, daß der Irrende im gegebenen Falle den Umstand nicht für wichtig gehalten hat. Ein Irrtum über einen anderen Umstand ist wesentlich, wenn die andere Partei erkennen konnte, daß er auf die Willensbestimmung des Irrenden von entscheidendem Einflusse ist.

Hier frappiert in dem ersten Satz die durchaus unklare Wendung „ein den Inhalt des Vertrags berührender Umstand“; man könnte sich aber mit dieser Bestimmung noch befreunden mit Rücksicht darauf, daß das folgende „den die allgemeine Auffassung für wichtig hält“, ein ähnliches Ventil für das richterliche Ermessen eröffnet, wie das „nach Treu und Glauben“ des Schweizerischen Obligationenrechts es ist. Der zweite Satz dagegen entspricht genau der Lehre Windscheids von der Voraussetzung und ist daher all den Einwendungen ausgesetzt, die gegen diese erhoben werden müssen.

Ein ganz anderes Bild als diese und als die sämtlichen kontinentalen Gesetzgebungen bietet das englische Recht. Die englische Praxis erklärt den einseitigen Irrtum einer Partei über eine Eigenschaft (quality) des Vertragsgegenstands, sei diese noch so wichtig, für durchaus und unter allen Umständen unerheblich.

Treffend betont z. B. Anson [23]) — und zwar mit ausdrücklichem Bezug auf die Verwechslung von Kupfer mit Gold, also denselben Fall, von dem Pothier ausgeht —, daß der Richter in unüberwindliche Schwierigkeiten gerate, sobald er versuche, den geistigen Prozeß zu analysieren, aus dem ein Versprechen hervorgegangen sei. Insbesondere ist nach ihm die Qualität des Vertragsgegenstandes etwas, worüber jede Partei sich mit sich selbst ins Klare setzen muß (the quality of the article is a matter which the parties must look to for themselves). Er führt billigend eine Entscheidung der Queen's bench an, wonach der Käufer gewöhnlichen Porzellans, das er irrig für Meißener Porzellan hielt, den Kauf selbst dann nicht anfechten kann, wenn der Verkäufer den Irrtum bemerkt, aber nichts getan hat, ihn hervorzurufen; der Verkäufer sei nicht verpflichtet, den Käufer vor Selbsttäuschung zu hüten. Ungültigkeit trete nur dann ein, wenn der Käufer irrig annahm, der Verkäufer habe das Porzellan als Meißener Porzellan verkaufen wollen, der Verkäufer dies merkte und schwieg, also eine ihm irrig zugeschriebene Vertragsabsicht nicht richtig stellte. Im übrigen sei es kein Betrug, die Aufklärung eines Irrtums des Käufers zu unterlassen (the mere abstinence from disabusing the purchaser is not fraud or deceit). Sehr eingehend wird der Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft der Sache von Pollock besprochen [24]), unter dem Titel „material error as to some attribute of the thing". Als Erfordernisse für die Unwirksamkeit des Vertrags stellt er, unter Anführung der gerichtlichen Entscheidungen, hin:

1. daß nach der Verkehrsanschauung und dem Sprachgebrauch der Mangel der irrig vorausgesetzten Eigenschaft die Sache als Sache einer anderen Art erscheinen läßt (amounts to a difference in kind). Er folgt hier Savigny, den er auch zitiert;

2. daß — und darin weicht er von Savigny ab — der Irrtum beiden Teilen gemeinsam ist [25]). Es genügt nicht,

23) Law of contract II IV § 1.

24) Pollock, Principles of contract, ch. IX part. II (mistake as excluding true consent).

25) Darüber scheint man in der englischen Praxis vollkommen einig zu

daß der Käufer den gebrauchten Gegenstand, der von Kupfer war, irrig für Gold hielt, der Verkäufer muß sich im gleichen Irrtum befunden haben; im Sinn beider Parteien muß die gekaufte Sache nicht einfach als solche, sondern als goldene Vertragsobjekt gewesen sein (not merely this specific vessel, but this specific vessel being golden). Mit andern Worten: die Unwirksamkeit beschränkt sich auf den Fall, wenn das Vorhandensein der Eigenschaft Bedingung des Vertrages war. Ein Verkauf ist nicht schon deshalb unwirksam, wiederholt Pollock ausdrücklich, weil der Verkäufer eine Sache anderer Art zu verkaufen oder der Käufer eine solche anderer Art zu kaufen meinte. Hat der Verkäufer den Käufer bewußt getäuscht, so ist jener gebunden, dieser aber nicht; hat dagegen der Verkäufer den Irrtum des Käufers nur bemerkt, ihn aber nicht darin bestärkt, sondern sich rein passiv verhalten, so ist der Kauf auch nach Pollock durchaus gültig und unanfechtbar. Der Verkäufer hat, so erklärte der Richter in einem Fall, wo jemand irrig jungen Hafer für alten gekauft hatte [26]), keine rechtliche Verpflichtung, den Käufer über seinen Irrtum aufzuklären, den er nicht hervorgerufen hatte; nur dann verhalte sich dies anders, schreibt Pollock ganz in Uebereinstimmung mit Anson, wenn der Käufer nicht bloß über das Alter des Hafers irrte, sondern dem Verkäufer auch irrig den Willen zuschrieb, den Hafer als alten zu verkaufen, und der Verkäufer auch diesen Irrtum bemerkte.

Diese Stellungnahme der englischen Praxis ist sehr bemerkenswert. Wer die englische Praxis des Kontraktsrechts kennt, wird zugeben müssen, daß sie in der Regel ein sehr feines Gefühl für die Bedürfnisse des Lebens zu erkennen gibt, für das, was nach bona fides Berücksichtigung im Recht erheischt, was nicht, und mir scheint, daß sie dies feine Gefühl auch hier nicht verleugnet. Wie kommt es, daß die gesamte kontinentale Gesetz-

sein. Man vergleiche noch das vielbenutzte Buch von H. A. Smith, Principles of equity ch. 9 unter II (mistakes of fact).

26) Man kann freilich zweifeln, ob hierin, was doch Pollock fordert, eine Verschiedenheit der Art liegt.

gebung auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht? Rücksicht auf das, was dem Interesse gesicherten Geschäftsverkehrs gemäß ist, hat hier schwerlich entscheidend mitgesprochen. Maßgebend war vielmehr die Autorität des römischen Rechts, dessen Bestimmungen (so wie man sie verstand) man sich meist durch die Annahme zurechtzulegen suchte, daß der error in substantia den Konsens ausschließe. Das so verstandene römische Recht liegt der Darstellung Pothiers wie Savignys zugrunde. Pothier folgt der Code civil, dem Code civil der Codice civile, dem Codice civile der Código civil. Der erste Entwurf des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs hatte sich von dieser Tradition losgemacht und den Irrtum über Eigenschaften der Sache nicht besonders ausgezeichnet; die Motive (I S. 199) anerkennen ausdrücklich, daß er ein bloßer Irrtum im Beweggrund sei, und daß es an genügenden Gründen für eine Sondervorschrift fehle. Erst in der zweiten Lesung gewann die Tradition wieder die Oberhand. Was aber hier an Gründen vorgebracht wurde, war durchaus dürftig. Man berief sich auf das „Bedürfnis des Verkehrs", die „Billigkeit", den „Zug der modernen Rechtsentwicklung", allgemeine Phrasen, die nichts beweisen; vom englischen Recht wußte man offenbar nichts. Nur ein einziges sachliches Argument brachte man bei: ein auf einem solchen Irrtum beruhendes Geschäft sei für den Irrenden nicht selten nachteiliger als ein Geschäft, bei dem er sich über den Gegenstand des Geschäfts selbst geirrt habe. Gewiß: aber man hätte sich fragen sollen, ob nicht ganz dasselbe auch von sonstigen Irrtümern im Beweggrund gelte.

Indes, auch die römischen Juristen waren Meister der Praxis, nicht geringere als die englischen judges. Wie sind sie zu der unbegründeten Lehre gekommen? Oder vielmehr: war diese Lehre wirklich die ihrige? Diese Frage zwingt uns, auf die römischen Quellen einzugehen.

Die Hauptstelle, die eigentliche sedes materiae, ist eine längere Ausführung, die nach den Digesten aus Ulpians libri ad Sabinum genommen ist, D. 18, 1, 9 § 2, 11, 14. Im Vorher-

gehenden war gesagt, daß zum Kauf Konsens der Parteien über den Kaufgegenstand gehöre, daß Dissens über diesen — in corpore — den Kauf nichtig mache, während eine Meinungsverschiedenheit über dessen bloße Bezeichnung seine Gültigkeit unberührt lasse: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. Und nun heißt es weiter:

(9 § 2) Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta, si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum, emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία est, si modo vinum acuit. ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

(11) alioquin quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum? in corpus eos consensisse dicemus? et quemadmodum consensit qui non vidit?

(11 § 1) Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit. ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

(14) Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? ut puta coheredes viriolam quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio. si autem aes pro auro veneat, non valet.

Ueberblickt man den Inhalt dieser Stelle im ganzen, so ist jedenfalls soviel gewiß, daß sie als Grundlage für die moderne Lehre vom Irrtum über die wesentlichen Eigenschaften keines-

falls zu brauchen ist. Hier wird allerdings der Irrtum über den Stoff (materia) der Kaufsache und über das Geschlecht eines gekauften Sklaven für einen Nichtigkeitsgrund erklärt. Aber mit keiner Silbe ist angedeutet, daß dies deshalb geschehe, weil Stoff und Geschlecht nach der im Geschäftsleben herrschenden Auffassung wesentliche Eigenschaften im modernen Sinne seien. Umgekehrt: die Unterscheidung zwischen dem Fall, wo der als Wein verkaufte Essig Weinessig (si modo vinum acuit) und dem, wo er künstlich hergestellt (embamma) war, spricht entschieden dagegen, und nicht minder die andere Entscheidung, wonach der Kauf einer nur mit Gold überzogenen Armspange (viriola inaurata), die irrtümlich für massiv golden gehalten wurde, gültig sein soll „quia auri aliquid habuit". Was wird dem Mann, der Wein kaufen will, darauf ankommen, ob die ihm übergebene Flüssigkeit Weinessig oder Kunstessig ist, was dem Käufer der vermeintlich goldenen Armspange darauf, daß sie „etwas" Gold enthielt? Vielmehr kann, wenn diese praktisch ganz unbegreiflichen Unterscheidungen überhaupt erklärlich sein sollen, die Erklärung dafür nicht in den gemeinen Anschauungen des Geschäftsverkehrs gefunden werden, sondern, wie längst erkannt ist, nur in philosophischen Theoremen, worauf auch das philosophische Kunstwort „*οὐσία*" hinweist. Sokolowski hat in seinem Buch über die Philosophie im Privatrecht (1902, 1907) die Lehre der Stoa herangezogen [27]), wonach das Wesen der Dinge im Stoff, der *ὕλη*, liege; darin sei der Grund zu suchen, warum der error in materia dem error in ipso corpore gleichgestellt werde. Allein dabei ist nicht erwogen, daß die *ὕλη* der Stoiker nicht die in der Erfahrung gegebenen Stoffe bezeichnet, sondern etwas Metaphysisches ist. Man könnte versucht sein, sich die Sache so zurechtzulegen, daß die Juristen sich die Lehre der Stoiker für ihre praktischen Zwecke vergröbert hätten. Es ist das aber bei Männern von philosophischer Bildung, wie das die römischen Juristen zweifellos waren, schwer zu glauben; im Sinne der Stoa

27) I S. 238 f.

ist der Stoff ja gar nichts, worüber geirrt werden könnte. *Οὐσία* bezeichnet aber auch eine aristotelische Kategorie, und die Begründung „quia eadem prope *οὐσία* est" geht ganz sicher auf diese aristotelische *οὐσία*. Nach Aristoteles verliert ein Gegenstand, wenn er eine Eigenschaft verliert, durch diese „Beraubung" (*στέρησις*) nicht seine Wesenheit oder besser „Washeit" (*οὐσία*), so auch der Wein nicht durch das Sauerwerden. Das Sauerwerden ist nur eine *ἀλλοίωσις*, eine *μεταβολή* (Veränderung, Umwandlung) des Weins, der Weinessig in seinem Wesen nur umgeschlagener Wein. So haben wir denn hier die merkwürdige Tatsache vor uns, daß eine unglückliche Bestimmung der modernen Gesetzgebungen in letzter Linie auf den Einfluß der aristotelischen Philosophie zurückzuführen ist.

Allein wenn wir Ulpian gerecht beurteilen wollen, müssen wir vor allem untersuchen, ob das, was die Digesten ihn sagen lassen, wirklich auch von ihm herrührt. Trotz des Aufschwungs, den in den letzten Jahrzehnten die Interpolationen- und Glossenforschung genommen hat, hat bis in die allerneueste Zeit gerade an unsere Stelle niemand die kritische Sonde gelegt. Man begnügte sich, z. B. auch Mommsen in seiner Digestenausgabe, gewisse sprachliche Unebenheiten durch Konjekturen zu heilen, hielt die Darlegung im ganzen für echt klassisch, und Sokolowski (S. 239) versteigt sich gar zu der Behauptung, Justinians Gesetzbuch weise nur wenige Stellen auf, die mit solcher Klarheit wie diese die allgemeine Denkmethode der klassischen Juristen beleuchteten. Erst im Jahre 1921 ist Gerhard Beseler, mit dem Rüstzeug, das uns heute zu Gebote steht, der Stelle zu Leibe gegangen [28]). Seinen Ausführungen habe ich nur wenig hinzuzufügen.

1. Schon die Fragestellung erregt Anstoß. Man beachte die überflüssige Wiederholung erratur .... error sit, die unmotivierte Abwechslung zwischen Indikativ (erratur) und Konjunktiv (error sit), die falsche Stellung des non (in corpore non statt non in

28) Byzantinisch-neugriech. Jahrbücher I S. 343 f.

corpore), das unmögliche (und darum auch von Mommsen gestrichene) vel (plumbum) hinter dem Asyndeton acetum pro vino aes pro auro, das hinten angeklebte farblose vel quid aliud argento simile, das den Eindruck einer in den Text geratenen Glosse macht. Nebenbei: der Ausdruck error in substantia findet sich nur hier; überall sonst ist nur von error in materia die Rede. Der Verfasser dachte nur an Irrtum über den Stoff.

2. Folgt das Referat über die Meinung des Marcellus, der den Kauf trotz des Irrtums über den Stoff für gültig erklärte. Es ist im ganzen korrekt gefaßt, nur daß der Indikativ consensum est hinter scripsit nach den Regeln der oratio obliqua unmöglich ist. Beseler schiebt daher vor „in corpus" ein „inquit" ein. Vielleicht ist „quia in corpus consensum est" ein in den Text geratenes Glossem.

3. Nunmehr spricht der angebliche Ulpian seine eigene Meinung aus. Er macht die schon erwähnte, vom Standpunkt des praktischen Lebens lächerliche Unterscheidung: je nachdem der für Wein verkaufte Essig aus Wein hergestellt ist oder nicht, soll der Kauf gültig oder nichtig sein. Aber welche Sprache! Ego in vino quidem consentio: der wirklich verkaufte Gegenstand war Essig; statt dessen sagt der Text „in vino", d. h. er nennt statt des wirklichen Kaufobjekts das, wofür es irrig gehalten worden ist. Consentio: dasselbe Wort, womit unmittelbar vorher der Parteienkonsens bezeichnet war; so arm an Worten waren die Klassiker nicht. Si modo vinum acuit: das soll heißen „vorausgesetzt, daß der Essig Weinessig war" (lateinisch etwa acetum ex vino factum), heißt aber in Wirklichkeit „vorausgesetzt, daß der Wein sauer geworden ist"; wie seltsam ferner, daß der eigentliche Entscheidungsgrund in dieser Weise hinten nachhinkt! Ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit: das soll heißen „wenn der Essig nicht aus Wein entstanden ist, sondern von jeher Essig war", heißt aber: „wenn der Wein nicht sauer geworden ist, sondern von jeher Essig war"; Subjekt zu acetum fuit müßte etwa id quod veniit sein, ist aber hier vinum! Auch steht non jedenfalls wieder an falscher Stelle, hinter vinum statt vor

vinum. Quia eadem prope *οὐσία* est: Beseler nimmt an der philosophierenden Argumentation Anstoß; das halte ich hier für begründet, obwohl philosophische Theoreme auch in unzweifelhaft echten Stellen der Klassiker vorkommen. Denn verdächtig ist gewiß die Bezugnahme auf die aristotelische Kategorie schon an sich; es ist schwer glaublich, daß zur Zeit Caracallas, wo Ulpians libri ad Sabinum geschrieben sind, ein Jurist die aristotelische Kategorienlehre zur Begründung praktischer Entscheidungen benutzt hätte; viel eher ist dergleichen einem byzantinischen Professor zuzutrauen. In dem ganzen Passus machen den Eindruck der Echtheit — hierin stimme ich ganz mit Beseler überein — nur die sechs Schlußworte „quia aliud pro alio venisse videtur". In welchem Zusammenhang sie ursprünglich standen, bleibt dunkel.

4. Alioquin quid dicemus usw. Rhetorische Fragen sind in dem nüchternen Stil der klassischen Juristen selten. Hier werden wir gleich mit dreien auf einmal überschüttet, von denen — das darf man ruhig sagen — immer eine dümmer ist als die andere, die erste überdies auch formell Anstöße bietet. „Quid dicemus, si caecus emptor fuit vel si in materia erratur vel in minus perito discernendarum materiarum?" Ganz unmöglich ist das „vel si in materia erratur vel in". Mommsen liest nach Haloander statt „vel in" a. Aber ein Klassiker hätte einfach geschrieben: si caecus emptor fuit vel minus peritus usw. Das vel si in materia erratur ist ganz überflüssig; in der ganzen Stelle ist ja nur vom error in materia die Rede. Und „quid dicemus? in corpus eos consensisse dicemus?" Auf diese Frage wird offenbar eine verneinende Antwort erwartet. Es ist aber klar, daß sie nur bejaht werden kann. Man mag auf den error in materia noch so großes Gewicht legen, so liegt doch auf der Hand, daß der Irrtum über den bloßen Stoff den Konsens über das corpus, d. h. den Gegenstand des Kaufs, niemals berühren kann. „Et quemadmodum consensit qui non vidit?" Würde man mit dem Gedanken, der hinter dieser Frage steckt, Ernst machen, so würde daraus folgen, daß ein Blinder überhaupt nichts kaufen könnte, was noch nie jemand behauptet hat. Man glaubt bei diesen Fragen einen

schlechten Professor vor sich zu sehen, der durch Rhetorik den Mangel an Argumenten verdeckt.

5. Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Die Entscheidung selbst kann echt sein: die Begründung aber ist so schief als möglich. Denn der Kauf ist doch nicht deshalb gültig, weil dieser Irrtum kein Irrtum über das Geschlecht ist. Vom Standpunkt des Vorhergehenden hätte die Begründung lauten müssen: weil dieser Unterschied die *οὐσία* nicht berührt, auch hier nur eine *ἀλλοίωσις* vorliegt. Ueberdies nimmt die Begründung eine These voraus, die erst nachträglich ausgesprochen wird, nämlich:

6. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est. „Si ego ..... venderem (conj. imperf.), tu ... existimasti (ind. perf.)" ist bei einem Klassiker unmöglich. Mommsen schlägt deshalb vor, statt „venderem" zu lesen: vendere. Aber diese Konjektur ist nicht weniger unmöglich. Die Parteien können doch nicht beide bloß „geglaubt" haben, der Verkäufer, eine Sklavin zu verkaufen, der Käufer, einen Sklaven zu kaufen; einer hatte notwendig recht. Auch die emphatische Wiederholung „nulla emptio, nulla venditio est" ist anstößig, da doch beides auf dasselbe hinausläuft.

7. Quid tamen dicemus usw. Wieder eine rhetorische Frage, in der überdies „errarent" (statt erraverint) inkorrekt ist. Die Frage überrascht auch durch ihren Inhalt, da ja der Verfasser die Lehre vom error in materia bereits verlassen hatte und jetzt wieder darauf zurückkommt. Anstoß erregt ferner das wiederholte ut puta, zumal das zweite Beispiel gar kein Beispiel zu der aufgeworfenen Frage ist, sondern eine ganz neue Frage bringt, die nämlich, welche Bedeutung es habe, wenn der Gegenstand des Kaufs zwar nicht ganz aus dem irrig vorausgesetzten Stoff bestehe, aber doch etwas davon enthalte. Wie befremdend die Antwort auf diese zweite Frage ist, wurde schon oben hervorgehoben.

So viel zur Kritik des Textes. Daß der überlieferte Text

nicht von dem Klassiker Ulpian herrührt, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Ob die Mitarbeiter Justinians ihn selbst fabriziert oder einem nachklassischen Schultraktat entnommen haben, kann dahingestellt bleiben. Interessant wäre es natürlich zu wissen, wie Ulpian wirklich über den error in materia gedacht hat. Darüber sind nur Vermutungen möglich. Da ist nun sehr auffallend und bisher nicht bemerkt, daß in der ihrem Kern nach echten Fragestellung am Eingang der ganzen Erörterung gar nicht von einem einseitigen Irrtum bloß des Käufers die Rede ist, sondern, ohne Nennung des oder der Irrenden, gesagt wird: si in substantia error sit. Auch der Zusammenhang mit dem Vorhergehenden fordert durchaus nicht die Beziehung auf einen solchen einseitigen Irrtum. Denn dort war überhaupt von keinem Irrtum, sondern von Dissens über den Kaufgegenstand gehandelt: wenn bei den Kaufverhandlungen jede Partei einen andern Gegenstand im Auge hatte, so kann man an sich von keiner sagen, daß sie über diesen Gegenstand geirrt habe; es liegt hierin ein weiterer Grund für die Annahme, daß das (wegen des Indikativs erratur und der falschen Stellung des non) ohnehin verdächtige „si in ipso corpore non erratur" unecht sei. An die Feststellung, daß im Falle des Dissenses der Kauf nichtig sei, schließt sich zwanglos die Frage, was rechtens sei, wenn zwar Konsens de corpore vorliege, aber ein Irrtum über den Stoff unterlaufe. Und dafür, daß der Jurist hier durchaus nicht an einen Irrtum bloß des Käufers dachte, spricht sehr entschieden die Fassung der Beispiele: ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro. Sowenig man im Deutschen bloß deshalb, weil der Käufer die gekaufte Kopie irrig für einen echten Rembrandt hielt, sagen wird, es sei ihm eine Kopie für einen echten Rembrandt verkauft worden, so wenig konnte man im Lateinischen bloß mit Rücksicht auf den Irrtum des Käufers sagen: acetum pro vino, aes pro auro veniit. Diese Ausdrucksweise setzt vielmehr voraus, daß gerade der Verkäufer, sei es durch ausdrückliche Bezeichnung, sei es durch sein sonstiges Verhalten die Annahme rechtfertigte, daß der Kaufgegenstand Wein und nicht Essig, von

Gold und nicht von Kupfer sei; ein solches Verhalten könnte z. B. schon in dem Ansatz des Preises liegen. Man würde dies auch wohl längst gesehen haben, wenn nicht im folgenden (fr. 14 pr.) die Frage, wie bei beiderseitigem Irrtum über den Stoff zu entscheiden sei, als eine neue, vorher nicht erörterte aufgeworfen würde. Aber diese Frage ist, wie oben gezeigt, sowohl durch ihre Form wie namentlich dadurch, daß sie zwar aufgeworfen, aber nicht beantwortet wird, im höchsten Grad verdächtig. Wenn wir nun hinzunehmen, daß die törichten Unterscheidungen, die unser Text macht, dem Ulpian unmöglich zugetraut werden können, so scheint mir folgende Hypothese überaus wahrscheinlich.

Der Fall beiderseitigen Irrtums in materia wird nicht bloß von Ulpian in fr. 9 § 2 cit., sondern auch von Julian in fr. 41 § 1 eod. (libro III ad Urs. Feroc.) behandelt:

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

Die Entscheidung steht in Widerspruch mit der des angeblichen Ulpian in fr. 14 cit., aber in vollkommenem Einklang mit der in fr. 9 § 2 getroffenen, wenn man diese richtig versteht. Ulpian wird daher hier, wie so oft, aus Julian geschöpft und sich seiner Meinung angeschlossen haben, während Marcellus den Kauf auch bei beiderseitigem Irrtum über den Stoff für gültig erklärte, quia in corpus consensum est. Aber Julian entscheidet nur den Fall, wo der Verkäufer ebenso im Irrtum war wie der Käufer, nicht den, wo er wußte, daß der verkaufte Tisch nicht massiv silbern, sondern bloß mit Silber überzogen war. Sollte er diese Möglichkeit, die so nahe lag, deren Erwähnung sich ihm geradezu aufdrängen mußte, mit Stillschweigen übergangen haben? Das scheint mir kaum denkbar, und das arg. e contrario zwingt zu dem Schluß, daß er hier den Kauf für gültig, den arglistigen Verkäufer aber für schadenersatzpflichtig erklärte. Schadenersatzpflichtig in welchem Sinne? Die sachlich zutreffende Entscheidung war die, daß der Verkäufer, der den Käufer wissentlich in den Irrtum versetzt oder darin belassen hat, der Tisch sei von Silber,

für den Schaden aufkommen muß, den der Käufer durch sein Vertrauen erleidet, d. h. für das heute sog. negative Vertragsinteresse, und daß dies Julians und Ulpians Meinung gewesen sein wird, läßt sich aus einer anderen Stelle schließen, die einen analogen Fall entscheidet [29]), Ulp. 32 ad ed. D. 19, 1, 13 § 1:

Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit quanti emptoris interfuit non decipi . . . .[30]).

Diese Meinung aber wurde von den Kompilatoren mißbilligt — sie wollten den Verkäufer, wie sich wahrscheinlich machen läßt, auf das Erfüllungsinteresse haften lassen —, und sie haben daher den darauf bezüglichen Teil der Entscheidung sowohl in fr. 41 § 1 wie in fr. 9 § 2 cit. gestrichen und an ihre Stelle die seltsamen Unterscheidungen gesetzt, die uns die Digesten in fr. 9 § 2 und 14 überliefern. Ulpian selbst hatte sehr wahrscheinlich zwischen dem venditor sciens und dem venditor ignorans unterschieden. Die Meinung der Kompilatoren aber geht vielleicht aus einer weiteren, vielbesprochenen, ebenfalls interpolierten Stelle hervor, Marcian. 4 regul. D. 18, 1, 45:

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

Diese Stelle ist leider derart überarbeitet, strotzt, wie Haymann [31]) nachgewiesen hat, derart von sprachlichen und sach-

---

29) Vgl. hiezu und zum folgenden die Ausführungen Haymanns, Die Haftung des Verkäufers, I S. 53 f., 60 f.

30) Diese Formulierung geht sehr wahrscheinlich auf den in fr. 13 pr. eod. angeff. Julian zurück. So auch Haymann a. a. O. S. 53. In fr. 13 pr. heißt es statt dessen: omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit.

31) a. a. O. S. 126 f. Vgl. auch Partsch, SZ. XXXIII, S. 612.

lichen Unmöglichkeiten, daß der echte Kern kaum mehr herauszuschälen ist. Ich hebe hier nur folgendes hervor. Der Eingang der Stelle mutet uns zu, zu glauben, Trebatius, Labeo, Julian, Pomponius und Marcian hätten die Frage für zweifelhaft und der (negativen) Entscheidung bedürftig angesehen, ob wer wissentlich alte Kleider kauft, einen Schadenersatzanspruch deshalb habe, weil sie nicht neu sind. Dabei wird aber zudem noch die Voraussetzung, unter der der Gedanke der Haftung allein auftauchen kann, vollständig mit Stillschweigen übergangen, nämlich das Verhalten des Verkäufers. Von Schadenersatz kann doch sicherlich nur dann die Rede sein, wenn dieser die alten Kleider für neu verkauft hat (si vestimenta interpola quis pro novis vendiderit); statt dessen heißt es: si quis emerit. Weiter soll Julian zwischen dem venditor ignorans und dem venditor sciens unterschieden haben; beide sollen haftbar sein, jener aber nur „ipsius rei nomine", dieser auch für das dem Käufer erwachsende damnum. Wie kann Julian dem venditor ignorans irgendeine Haftung aufgebürdet haben, da er doch in D. 18, 1, 41 § 1 den Verkauf bei beiderseitigem Irrtum für nichtig erklärt, eine actio empti — die einzige in Betracht kommende actio — also nicht gegeben ist? Was soll ferner das „ipsius rei nomine teneri" im Gegensatz zum Schadenersatzanspruch bedeuten? Das Rätsel wird durch den zur Erläuterung herangezogenen zweiten Fall nur noch rätselhafter: was soll heißen: tenetur, ut aurum quod vendidit praestet? Wer ein messingenes Gefäß für Gold verkauft, mag — unter Umständen — trotz seiner ignorantia einer Haftung unterliegen; aber er kann doch, da das Gefäß einmal von Messing ist, nicht „aurum praestare" [32]). Daneben achte man auch auf die sprachlichen Fehler, insbesondere die falschen Indikative (ignorabat, sciebat, contingit) in der oratio obliqua. Nach alledem ist der Gedanke klassischen Ursprungs der hier gegebenen Entscheidungen ganz und gar ausgeschlossen. Man kann nur fragen: was haben die Kompilatoren mit diesen unklaren und inkorrekten

32) Aehnliche Bedenken erregt das „si minus praestes" in D. 19, 1, 6 § 4. Vgl. dazu Haymann a. a. O. S. 148.

Wendungen sagen wollen? Da aber ist es mir das Wahrscheinlichste, daß das „ipsius rei nomine teneri" und das „ut aurum quod vendidit praestet" eine Haftung des venditor ignorans auf die Differenz des objektiven Sachwerts, das „damni quod ex eo contingit teneri" eine Haftung des venditor sciens auf das Erfüllungsinteresse bedeuten soll, dieselbe (unbillige) Haftung, die § 463 unseres BGB. dem Verkäufer auferlegt, der einen Fehler der Kaufsache arglistig verschweigt. Also, anders als der wahre Julian wollte, nicht eine Haftung auf das negative Vertragsinteresse: denn dabei würde der venditor sciens in aller Regel besser weggekommen sein als der venditor ignorans. Und in dieser Meinungsdifferenz hätten wir dann den Grund der in fr. 9 § 2 und fr. 41 § 1 cit. m. E. vorgenommenen Streichungen zu suchen.

Noch eine letzte berüchtigte Stelle beschäftigt sich mit dem Irrtum über die Beschaffenheit der Kaufsache, D. 19, 1, 21 § 2, angeblich aus dem Ediktkommentar des Paulus [33]):

> Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet, veluti si mensas quasi citreas emat quae non sunt.

Auch dieser Text ist unheilbar verdorben. Auch hier ist kein Wort davon gesagt, wie der Verkäufer sich beim Verkauf verhalten hat: wie kann man ihn aber haften lassen, wenn er den Tisch nicht als Tisch aus Citrusholz verkauft hatte? „Quanti interest non esse deceptum" soll sich auf den Käufer beziehen, der hier unbedingt hätte genannt werden müssen, aber nicht genannt ist. Im Eingang des Textes wird unterstellt, daß die Parteien über die Qualität dissentieren; wenn aber der Verkäufer im gleichen Irrtum ist wie der Käufer, so dissentieren sie nicht, sondern konsentieren sie, wenn gleich irrtümlich, über die Qualität. Der Satz „etsi venditor quoque nesciet" ist daher nicht nur

33) Vgl. über sie Pernice, Labeo II ² S. 248 n. 2, Haymann, a. a. O. S. 124.

sprachlich unerträglich wegen des falschen Futurums, sondern steht in logischem Widerspruch zum Vorhergehenden. Ferner setzt die Haftung des Verkäufers die Gültigkeit des Kaufs voraus; es konnte daher nicht gesagt werden, obgleich (quamvis) der Kauf gültig sei, hafte dennoch der Verkäufer. Aus diesem Grunde haben Viele vorgeschlagen, statt „emptionem esse" zu lesen „emptionem non esse": aber wenn der Kauf ungültig ist, worauf soll sich dann die Haftung des Verkäufers, insbesondere des gutgläubigen Verkäufers, gründen? Endlich liegt ein ungelöstes Rätsel in dem „supra diximus": wo ist denn „oben" gesagt, daß bei Dissens über die Qualität der Kauf gültig oder, wenn man die erwähnte Emendation annehmen dürfte, ungültig sei? Möglich, daß der Ediktkommentar des Paulus eine Stelle solchen Inhalts enthielt; überliefert ist sie nicht. Viele nehmen daher an, die Verweisung auf „oben Gesagtes" rühre von den Kompilatoren her und beziehe sich auf eine Digestenstelle. Dabei wäre dann aber nicht, wie gewöhnlich (auch von Krüger) angenommen wird, an D. 18, 1, 9 § 2, überhaupt nicht an die Entscheidungen über den error in materia zu denken: error in qualitate ist nicht dasselbe wie Irrtum über den Stoff, sondern eher an Paul. 5 ad Sab. D. 18, 1, 10, wo es heißt:

> ... si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret, ... emptio valet.

Derjenige, der das „supra diximus" schrieb, müßte dann, was ja gewiß nicht unglaublich ist, der Meinung gewesen sein, daß ein Irrtum über die bloße Art des verwendeten Holzes, trotz der großen Wertverschiedenheit der Hölzer, kein error in materia, sondern nur ein solcher in qualitate sei. Sei dem, wie ihm wolle, auch bei dieser Stelle darf man nicht fragen: was hat Paulus sagen wollen? Sondern nur: was haben die Kompilatoren sagen wollen? Eine sichere Antwort läßt sich darauf nicht geben. Vielleicht wollten sie auch hier nur die von ihnen gewollte Haftung des venditor ignorans betonen und übersahen nur, daß sie dabei die von ihnen in fr. 45 cit. verordnete Differenzierung der

Haftung fallen ließen [34]).

Das Ergebnis der ganzen obigen Untersuchung ist, daß die praktisch unhaltbaren Entscheidungen über den error in substantia nicht den römischen Klassikern zugeschrieben werden dürfen, sondern den Mitarbeitern Justinians auf Rechnung zu setzen sind. Echt aber ist die Entscheidung Julians in D. 18, 1, 41 § 1, wonach bei gleichem Irrtum beider Parteien, aber keineswegs auch bei Irrtum bloß einer Partei, der Kauf nichtig ist. Darnach würden Julian und wahrscheinlich auch der ihm folgende Ulpian genau der gleichen Meinung gewesen sein wie die englischen Praktiker; die modernen Gesetzgebungen aber und ihre Interpreten haben nicht wohl getan, nicht etwa nur die Lehre des angeblichen Ulpian über den error in materia zu adoptieren, sondern daraus einen noch viel allgemeineren Satz zu deduzieren, der selbst den Leuten Justinians fremd ist, zu unlösbaren Schwierigkeiten und unbilligen Entscheidungen führt.

Viel vorsichtiger als diese Gesetzgebungen war das Allgemeine preußische Landrecht I 4 § 81:

> Irrtum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet .... die Willenserklärung.

Es kommt nach dieser Bestimmung nicht darauf an, ob der Irrtum der Partei ein error in substantia oder über wesentliche Eigenschaften ist (obwohl man in der Literatur des preußischen Rechts den Ausdruck error in substantia gebrauchte), sondern nur darauf, ob er Eigenschaften betrifft, die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzt werden und die daher z. B. ein Käufer auch vorauszusetzen berechtigt ist. Dem liegt ein sehr beachtenswerter Gedanke zugrunde, nur unglücklich ausgedrückt. Unglücklich deshalb, weil, was in solchen Fällen die Willenserklärung oder den

34) Das von ihnen umgearbeitete Original könnte z. B. gelautet haben: Si quis sciens mensas quasi citreas vendat quae non sunt, tanti emptori tenetur quanti eius interest non esse deceptum. Sie generalisierten die Entscheidung und fügten, bezeichnend für die Neuerung, das debet hinter teneri und das „etsi venditor quoque nesciet“ ein.

Vertrag entkräftet, in Wahrheit nicht der Irrtum ist, sondern das Nichtvorhandensein jener Eigenschaft; der Irrtum hat nur insofern Bedeutung als, wenn der Käufer beim Kaufe wußte, daß die Eigenschaft fehlte, die Entkräftung natürlich nicht eintritt. Mit andern Worten: es handelt sich hier um eine Erweiterung des Prinzips, das der ädilizischen Haftung zugrunde liegt. Wie der Käufer auch ohne besondere Zusicherung erwarten darf, daß die gekaufte Sache keine erheblichen Fehler habe, so darf er auch erwarten, daß sie positiv die Eigenschaften habe, die man im Verkehr vorauszusetzen pflegt, und es wäre konsequent gewesen, wenn das Allgemeine Landrecht, statt die Willenserklärung einfach kraftlos werden zu lassen, hier die Grundsätze der ädilizischen Haftung angewendet hätte.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen war vorsichtiger als die geltenden Gesetzgebungen. Sein § 842 lautet:

> Irrt sich der eine Teil über die Identität der Sache oder über deren ausdrücklich von ihm vorausgesetzten Stoff, ohne welchen dieselbe zu einer anderen Gattung oder Art von Sachen zu rechnen sein würde und welcher für sie wesentlich ist, so ist der Vertrag nichtig.

Vorsichtig ist diese Bestimmung weniger deshalb, weil sie sich, in engem Anschluß an das Justinianische Recht, auf den Irrtum über den Stoff (materia) beschränkt, als deshalb, weil der Irrtum über den Stoff nur dann zur Nichtigkeit des Vertrags führt, wenn die Partei diesen Stoff ausdrücklich vorausgesetzt, d. h. unzweideutig kundgegeben hat, daß sie nur über eine Sache dieses Stoffs zu kontrahieren beabsichtige. Ausdrückliche Voraussetzung aber ist Bedingung [35]).

Besonderes Interesse bietet noch das österreichische Recht Der § 871 des österreichischen Gesetzbuchs von 1811 lautete:

> Wenn ein Teil von dem anderen Teile durch falsche Angaben irregeführt worden und der Irrtum die Hauptsache oder

35) Vgl. Lenel, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 79 S. 53 f.

eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden, so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit.

Diese Bestimmung unterscheidet sich sehr wesentlich von denen aller anderen Gesetzbücher. Vor allem tritt Ungültigkeit (und zwar nur für den Irregeführten) nicht wegen des bloßen Irrtums ein, sondern nur, wenn der Irrende von dem andern Teil durch falsche Angaben (sei es auch ohne dolus) irregeführt wurde. Sodann wird, wie von Pothier, gefordert, daß der Irrtum eine wesentliche Eigenschaft der Sache betraf und daß der Irrende bei dem Vertrag gerade diese Eigenschaft im Auge hatte (s. oben S. 163 f.). Endlich genügt nicht, daß der Irrende die auf diese Eigenschaft gerichtete Absicht im Innern hegte, — er muß sie auch erklärt haben. Das Gebiet der Ungültigkeit wurde hierdurch sehr erheblich eingeschränkt. Allein der § 871 ist durch eine Novelle von 1916 wesentlich verändert worden. Nach § 86 dieser Novelle tritt die Ungültigkeit nicht mehr bloß dann ein, wenn der Irrtum durch den andern Teil veranlaßt war, sondern auch, wenn er diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder (ihm gegenüber) noch rechtzeitig aufgeklärt wurde. Hiernach stimmt das österreichische Recht weder mit den andern kontinentalen Gesetzgebungen überein, noch auch mit dem englischen Recht. Denn während dieses das Geschäft selbst dann für verbindlich erklärt, wenn der Gegner des Irrenden den Irrtum erkannt hatte, weil es keine Pflicht zur Aufklärung des Irrtums anerkennt (s. oben S. 171 f.), entkräftet das neue österreichische den Vertrag schon dann, wenn der andere den Irrtum auch nur aus den Umständen erkennen konnte und mußte.

Die vorstehende Untersuchung wird, so hoffe ich, Interesse dadurch erregen, daß sie zeigt, wie die Autorität der mißverstandenen römischen Klassiker die modernen Gesetzgebungen auf Irrwege gelockt hat, und zugleich, wie es mit den Hilfsmitteln der modernen Kritik möglich ist, Licht in das Dunkel der Justinianischen Kodifikation zu bringen und die reinen Linien des klassischen Rechts wieder aufzudecken. Es bleibt aber noch die Haupt-

frage: können die Ergebnisse dieser Untersuchung auch für die moderne Praxis verwertet werden? Ich glaube es. Selbstverständlich dürfen wir die Bestimmungen unserer Gesetzgebungen, so wenig sie befriedigen, nicht einfach beiseite schieben. Aber es bleibt uns der Weg einer verständigen Interpretation. Wir dürfen nicht nur, sondern wir müssen unsere Gesetze, wenn ihr Wortlaut es irgend gestattet, so interpretieren, daß ein für das praktische Leben erträglicher Sinn herauskommt, und hier bieten uns in den romanischen Gesetzgebungen die Worte „substance, sostanza, sustancia", in der deutschen die Worte „Eigenschaften, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden" dazu die Handhabe. Diese Ausdrücke sind gewiß nicht eindeutig. In den Justinianischen Quellen kommt der „error in substantia", wie schon oben gesagt, nur ein einziges Mal (in D. 18, 1, 9 § 2) vor und zwar, wie der Zusammenhang klar erkennen läßt, als Synonym von „error in materia". Ob die Redaktoren des Code civil ihn noch in gleichem Sinn verstanden, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls haben Literatur und Praxis dem Wort substantia längst einen sehr viel weiteren Sinn geben zu dürfen geglaubt; substantia ist ihnen jede qualité essentielle einer Sache, und in dem deutschen BGB. ist diese Deutung entsprechend wiedergegeben. Nun gibt es aber, wie eine geringe Ueberlegung zeigt, überhaupt keine Eigenschaft einer Sache oder auch Person, die unter allen Umständen als wesentlich bezeichnet werden könnte. Dieselbe Eigenschaft wird nicht nur der beteiligten Partei, sondern auch dem unparteiischen Dritten im einen Fall höchst wesentlich erscheinen, im andern nicht. Eine Eigenschaft, auf die der Käufer einer Sache größtes Gewicht zu legen pflegt, z. B. ihre Herkunft, wird für den bloßen Mieter oft gar keine Rolle spielen; und was bei dem einen Kauf als wesentlich erscheint, ist es bei dem andern nicht. Daher erklären sich die bestehenden Kontroversen. Es gibt meines Erachtens einen Weg zu ihrer Lösung; es ist der, den uns das preußische Landrecht zeigt. Wesentlich sind bei jedem Geschäft nur diejenigen Eigenschaften seines Gegenstandes, die man bei einem Geschäft dieser Art unter den obwal-

tenden Umständen vorauszusetzen pflegt und vorauszusetzen berechtigt ist. Gerade darin, daß sie bei diesem Geschäft unter diesen Umständen allgemein vorausgesetzt zu werden pflegen, zeigt sich, daß sie als wesentlich angesehen werden. Während andere Eigenschaften für dieses Geschäft nur dann wesentlich sind, wenn sie besonders zugesichert werden, sind diese es auch ohne besondere Zusicherung. Es wäre, wie schon gesagt, am zweckmäßigsten, wenn man beim Fehlen einer solchen Eigenschaft einfach das Recht der ädilizischen Aktionen anwenden dürfte; da unsere Gesetzbücher uns dies unmöglich machen und uns auf den Weg der Anfechtung wegen Irrtums verweisen, so werden wir uns damit abzufinden haben und in der Regel auch so zu erträglichen und billigen Entscheidungen gelangen. Nehmen wir etwa die Fälle, die die Praxis des französischen Rechts hauptsächlich beschäftigt haben. Der Irrtum über den Stoff wird bald wesentlich, bald unwesentlich sein. Wer einen vergoldeten Gegenstand irrtümlich für golden gekauft hat, wird den Kauf anfechten können, wenn der vereinbarte Preis für einen goldenen, aber nicht wenn er für einen bloß vergoldeten angemessen war; denn wenn er nur Kupfer- oder Silberpreis bezahlt hat, durfte er nicht voraussetzen, Gold gekauft zu haben. Der Irrtum über den Autor eines gekauften alten Bildes oder den modernen Ursprung einer vermeintlich antiken Skulptur ist unerheblich; denn ohne besondere Zusicherung darf der Käufer des Bildes nicht erwarten, daß es gerade von Velazquez oder Rubens sei, und der Käufer der Skulptur nicht, daß sie aus dem Altertum stamme; er kauft in beiden Fällen auf seine Gefahr. Dagegen darf der Käufer einer Obligation sich darauf verlassen, daß sie nicht bereits zur Einlösung gezogen ist, und kann entgegengesetztenfalls den Kauf als nul pour erreur anfechten [36]). Kein Anfechtungsrecht hat dagegen wieder der Käufer eines Bauterrains, wenn sich nachträglich herausstellt, daß für den Bau besonders kostspielige Fundamentierungsarbeiten erforderlich sind [37]).

36) Fuzier-Herman, nr. 30.

37) Fuzier-Herman, nr. 48 (Cass.).

Die Frage, welche Eigenschaften des Vertragsobjekts bei einem Kauf oder ähnlichen Geschäften vorausgesetzt werden dürfen, kann natürlich immer nur vom Standpunkt des Erwerbers aufgeworfen werden. Aber auch der Veräußerer kann über wichtige Eigenschaften des Vertragsobjekts geirrt haben: steht auch ihm, wenn er bei Kenntnis der Wahrheit den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, die Anfechtung zu? Kann jemand anfechten, der eine Sache von Gold, in der Meinung, sie sei von Kupfer, um viel zu niedrigen Preis verkauft hat? oder eine Geige, die sich nachher als Stradivarius herausstellt? oder ein Terrain, unter dessen Oberfläche sich später Adern eines kostbaren Minerales finden? Es ist meines Erachtens kein Zufall, daß Fälle dieser Art, obwohl sie gewiß oft genug vorkommen, die Praxis anscheinend kaum beschäftigt haben; während in der Literatur das Anfechtungsrecht des Verkäufers nicht bezweifelt wird, enthalten die Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen fast ausschließlich nur Fälle von Irrtum des Käufers. In der französischen Praxis fand ich nur einen Fall entschieden (und zwar im Sinne der Zulassung der action en nullité), wo jemand das nackte Eigentum eines Grundstücks verkauft hatte, ohne zu wissen, daß der Nießbraucher im Augenblick des Kaufabschlusses bereits gestorben war [38]). Ferner hat das deutsche Reichsgericht einmal die Möglichkeit der Anfechtung durch den Verkäufer in einem Fall anerkannt, wo dieser einen Kahn verkauft hatte, ohne zu wissen, daß der Kahn auf seiner eigenen Werft einer Reparatur unterzogen worden war, die seinen Wert bedeutend erhöht hatte [39]). Weitere Entscheidungen gleicher Richtung aus den letzten Jahrzehnten habe ich nicht entdecken können. Ich bin der Meinung, daß dem Veräußerer ein Recht der Anfechtung wegen error in substantia niemals gewährt werden sollte. Seine Lage ist eine ganz andere als die des Käufers. Dem Käufer kann das Fehlen

38) Fuzier-Herman, nr. 29. Man kann übrigens zweifeln, ob hier ein bloßer Irrtum über eine Eigenschaft, und nicht vielmehr ein (beiderseitiger) Irrtum über das Kaufobjekt selbst vorliegt.

39) Jur. Wochenschrift 1904, S. 112 Nr. 5.

einer irrig vorausgesetzten Eigenschaft den ganzen Kauf zwecklos machen; für den Verkäufer handelt es sich immer nur darum, daß er für die verkaufte Sache infolge eines Irrtums einen geringeren Preis erhält als er sonst gefordert hätte. Was für einen Unterschied soll es machen, ob der Verkäufer sich über den Stoff, aus dem das Kaufobjekt gefertigt ist, über die Urheberschaft eines Gemäldes oder nur über den künstlerischen Wert beider getäuscht und infolgedessen zu wenig gefordert hat? ob sich in dem verkauften Grundstück Bodenschätze finden, die dem Verkäufer unbekannt waren, oder ob er nicht wußte, daß es in der Nähe der Trace einer projektierten Eisenbahn liegt, deren Anlegung seinen Wert auf das Zehnfache erhöhen wird? ob in jenem französischen Fall der Nießbraucher einen Tag vor dem Abschluß des Kaufes oder einen Tag nachher starb? ob eine verkaufte Sache wegen einer erfolgten Reparatur oder aus einem beliebigen anderen, dem Verkäufer unbekannt gebliebenen Grunde wertvoller war als dieser wußte? Offenbar ist das Publikum sich dieser Lage der Dinge bewußt, und gerade daraus erklärt sich, daß die Gerichte mit Anfechtungsversuchen des Verkäufers nicht behelligt werden. Wenn eine Gesetzgebung die Anfechtung wegen laesio enormis verwirft, wie es die meisten modernen Gesetzgebungen tun, wäre es höchst inkonsequent, wenn sie auf dem Umweg über die Anfechtung wegen error in substantia sie doch wieder zulassen wollte. Das gilt insbesondere für die deutsche Gesetzgebung. Für andere Verträge als den Kauf muß analog ein Gleiches gelten. Nur bei einer Vertragsart ergeben sich Bedenken: bei der Schenkung. Sollte eine Dame, die ihrer Kammerjungfer ihr vermeintlich unechtes Perlenhalsband schenkte, die Schenkung nicht anfechten können, wenn sich nachher herausstellt, daß die Perlen echt waren [40])? Man wird geneigt sein, die Anfechtung hier zuzulassen; aber ich glaube nicht, daß hieraus ein Argument gegen das oben hinsichtlich des Verkäufers Gesagte entnommen werden kann. Die Schenkung duldet nicht nur, son-

40) Ich entnehme das Beispiel dem Lehrbuch des bürgerl. Rechts von Enneccerus, I § 157 N. 24.

dern verlangt eine andere Behandlung als der Kauf und andere Tauschgeschäfte. Bei diesen stehen sich die Parteien beide gleich schutzwürdig gegenüber, und es verbietet sich daher, die Interessen der einen auf Kosten der andern zu berücksichtigen. Bei der Schenkung dagegen verdient der Schenker, der dem andern eine reine Liberalität erweist, weit mehr Rücksicht als der Beschenkte. Das zeigt sich in der Behandlung, die die Schenkung in allen Gesetzgebungen gefunden hat. Nur dadurch erklärt sich die Rückforderung wegen Undanks, die in vielen Rechten anerkannte wegen nachgeborener Kinder, die im deutschen und österreichischen Recht zugelassene wegen Verarmung des Schenkers. Eine gesetzliche Bestimmung, die dem Schenker gestattete, die Schenkung wegen erheblicher Unterschätzung ihres Werts zu widerrufen, wäre daher durchaus verständlich [41]), für den Fall, daß aus Erklärungen des Schenkers oder aus den Umständen deutlich erhellt, daß nur eine Schenkung geringeren Werts beabsichtigt war. Da in den meisten Gesetzgebungen eine solche Bestimmung fehlt, so wird man vielleicht die Begriffe „substantia“ und wesentliche Eigenschaften dazu benutzen, um zum Ziele zu kommen. Auch Fälle dieser Art finden sich indes in den praktischen Sammlungen nicht. Jedenfalls hüte man sich vor der Vorstellung, als ob man, was beim Schenker unserer Empfindung entspricht, auf den Verkäufer übertragen könne, dessen Lage eine ganz andere ist.

41) In der Tat erklärt das österreichische Gesetzbuch Schenkungen, ebenso wie letztwillige Verfügungen, ganz allgemein wegen Irrtums in einem entscheidenden Beweggrund für unverbindlich, § 901. 572.

Verfügungsvollmacht.

Von

Prof. Dr. Leo Raape, Hamburg.

An ſich kein Freund von Erwiderungen, glaube ich doch auf die ſich gegen meinen Aufſatz über „Zuſtimmung und Verfügung“ [1]) richtende Abhandlung von Hermann Iſay [2]) über „Vollmacht und Verfügung“ antworten zu ſollen, und zwar aus einem doppelten Grunde. Einmal, weil Iſay nicht nur gegen mein Ergebnis — denn daß es ſich um ſehr verwickelte und zweifelvolle Fragen handelt, habe ich ſelbſt in meinem Aufſatz angedeutet (S. 259) — ſondern auch gegen die Methode der Arbeit, wenn nicht gar gegen meine Methode überhaupt ankämpft und mich zu den Vertretern der Begriffsjurisprudenz zu rechnen beliebt, und dies, obwohl ich bei paſſenden Gelegenheiten mich ſtets gegen ſie ausgeſprochen habe, auch dem Wort die Taten, wie mich dünkt, nicht widerſprachen. Sodann, weil der Leſer, der berechtigt iſt, anzunehmen, daß die Wiedergabe meiner Anſichten durch Iſay im weſentlichen treffend und zuverläſſig ſei, in dieſer Annahme bei näherer, nein ſchon bei der erſten Prüfung — aber ſelbſt dieſe iſt freilich nicht jedermanns Sache — ſich getäuſcht ſieht.

I. Nach meiner Anſicht iſt nur die Verfügungseinwilligung, nicht auch die Verfügungsvollmacht eine Verfügung. Nach Iſay iſt es auch die Verfügungsvollmacht. Als Prüfſtein

1) In dieſer Zeitſchrift Neue Folge Bd. 1 S. 257 ff.
2) In dieſer Zeitſchrift Neue Folge Bd. 2 S. 195 ff.

bezeichnete ich den § 185 BGB. Ich bin der Meinung, daß § 185 auf die Verfügungsvollmacht keine Anwendung findet; Isay behauptet das Gegenteil. „Jeder beliebige praktische Fall — sagt er (S. 199) — zeigt es".

Prüfen wir, ob der Sicherheit, mit der Isay seine Behauptung aufstellt, ihre Richtigkeit entspricht.

Erster Fall. Der Nichteigentümer D bevollmächtigt den V, eine dem E gehörende Sache zu veräußern. V veräußert an K.

Wenn nun E genehmigt, wird K Eigentümer. Darüber ist kein Wort zu verlieren. Aber was ist es denn, was E genehmigt? Die Vollmacht? Gewiß nicht. Nein, der zwischen V und K getätigte Akt ist es, der genehmigt wird. So ausdrücklich auch Isay[3]). Und doch will er mit dem Fall beweisen, daß eine Verfügungsvollmacht nach § 185 genehmigt werde! Ist das schon ein Versehen Isays, so ist es geradezu unentschuldbar, wenn er den Leser glauben machen will, daß ich eine Genehmigung überhaupt nicht für möglich halte, denn das tut er doch wohl, wenn er S. 200 schreibt: „Wenn D über eine dem E gehörige Mobilie oder ein Immaterialgut in der Weise verfügt, daß er den V beauftragt, es im Namen von D an K zu verkaufen, V dies tut — warum soll E nicht das Recht haben, den Kauf zu genehmigen? Einen Grund gibt Raape nicht an. Wie sollte der Fall wohl praktisch anders erledigt werden?" Nebenbei gesagt: Es ist nicht der Verkauf, den E genehmigen kann, sondern nur die Uebereignung. Aber auf eine Ungenauigkeit mehr oder weniger kommt es hier Isay nicht an. Wie Isay mir einen solchen

3) Vgl. Isay a. a. O. S. 199: „Der Nichteigentümer D bevollmächtigt den V, eine dem E gehörende Sache zu veräußern. Hier soll E die namens des D erfolgte Veräußerung nicht genehmigen können, weil — die Vollmacht vollgültig, daher einer Genehmigung des E weder bedürftig noch fähig sei. Aber nicht die Genehmigung der Vollmacht, sondern die der Veräußerung steht in Frage. Das liegt so auf der Hand, daß es keiner eingehenden Darlegung bedarf." Das gesperrt Gedruckte ist von mir hervorgehoben.

Irrtum zutrauen kann, ist mir angesichts meiner Ausführungen S. 270 [4]) unfaßbar.

Zweiter Fall: D ist Patentinhaber. Sein „Bruder" wagt es, ohne von D beauftragt zu sein, dem Patentanwalt V Vollmacht zur Veräußerung des Patents im Namen des D zu geben.

Wenn der Patentanwalt V das Patent daraufhin an einen gewissen K bereits veräußert hat, so kann D so vorgehen, daß er sogleich den von V in seinem, des D, Namen mit K getätigten Akt genehmigt. Die Genehmigung geschieht nach § 177 und nicht etwa nach § 185. Daß § 177 sich auch auf dingliche Verträge bezieht, ist heute nicht mehr streitig. Sodann ist zu bemerken, daß das, was genehmigt wird, bei dieser Sachlage der Akt V—K, nicht aber die Vollmachtserklärung des „Bruders" gegenüber V ist.

D kann aber auch diese letztere genehmigen, und zwar nach § 180. K erwirbt dann das Patent nach den §§ 180, 184 in Verbindung mit § 164. Hier bleibt § 177 und erst recht § 185 aus dem Spiel. So wird sich D verhalten, wenn er nur von der Vollmacht, aber noch nichts von der Ausübung derselben seitens des V erfuhr.

Solange V von seiner Vollmacht überhaupt noch keinen Gebrauch gemacht hat, kommt dieser zweite Weg ausschließlich in Betracht. Hier kann D eben nur das genehmigen, was da ist, das ist die Bevollmächtigung.

Was beweist nun dieser von Isay (S. 199) in die Diskussion geworfene Fall für seine These? Nichts, rein gar nichts. Soweit es überhaupt in dem Fall zur Genehmigung einer Verfügungsvollmacht kommt, geschieht sie nach § 180, nicht aber nach

---

4) Vgl. Raape a. a. O. S. 270: „Wenn V namens des zustimmenden D eine in Wahrheit dem E gehörige Sache dem K veräußert, so ist die Verfügung des V wirksam, wenn E ihr zustimmt. Die Zustimmung bezieht sich auf den Akt des V und nicht etwa auf die Zustimmung des D, ganz gleichgültig, ob D dem V im voraus oder nachträglich zugestimmt, ob er also eine Vollmacht oder eine Genehmigung erteilt hat."

dem uns allein beschäftigenden § 185; aber die §§ 177 ff. scheinen überhaupt ganz außerhalb des Gesichtskreises von Isay zu liegen, denn sonst könnte er nicht mit Bezug auf diesen Fall von mir schreiben, daß ich hier — wieder einmal — eine Genehmigung seitens des D für rechtlich unmöglich halte, — eine Entscheidung, die er selbst mit Recht für „unerträglich und unbegreiflich und also falsch" (S. 201) hält, die er aber gleichwohl mir zutrauen zu dürfen glaubt. „Kann — so fragt er (S. 200) — D diese Vollmachtserteilung genehmigen? Außer Raape (und v. Tuhr) dürfte kaum jemand daran zweifeln. Also ist die Nichtanwendbarkeit des § 185 auf die Vollmacht doch nicht „schlagend bewiesen".

Bewiesen wird hiermit nur eines: Daß sich Isay über das Verhältnis von § 185 einerseits zu § 177 ff. anderseits nicht klar ist.

Nebenbei gesagt: Isay tadelt es, daß ich nicht Fälle dieser Art benutze und statt dessen an dem zuerst behandelten Fall, „einem so schlecht wie möglich gewählten Beispiel" (S. 199) demonstriere. Der Grund für meine Wahl wird ihm nunmehr wohl klar sein: Ich liebe keine Versuche am untauglichen Objekt, und wenn er findet, daß ich es an jeder Erörterung darüber fehlen lasse, welche praktischen Konsequenzen die Ablehnung der Anwendung des § 185 habe (S. 201) — so darf ich erwidern, daß ich Leser voraussetzte, die außer dem § 185 die §§ 177 ff. kennen.

Damit ist das Beweismaterial Isays erschöpft. Wenn jeder beliebige praktische Fall zeigen soll, daß § 185 auf die Verfügungsvollmacht anwendbar sei, so haben die beiden Fälle, die er anführt — und weitere bringt er nicht — es bestimmt nicht gezeigt, und ich darf doch wohl annehmen, daß er nicht die schlechtesten Pferde aus seinem Stalle holte.

II. Isay behauptet, daß meine Auffassung zu unangemessenen Ergebnissen führe, ja mehr als das: daß ich daraufhin meine Auffassung überhaupt nicht geprüft habe.

Die beiden Fälle, die ich unter I. erörterte, dienen ihm auch für diese Behauptung zum Beweis. Daß sie jedoch keine Beweis-

kraft haben, ich vielmehr allen Forderungen der Billigkeit gerecht zu werden vermag, erhellt bereits aus dem Gesagten.

Isay bringt dann noch zwei weitere Fälle (S. 201). Zunächst den des Bankiers, der die bei ihm deponierten Aktien durch einen Bevollmächtigten versilbert und den Erlös einsteckt. Kann er wegen Unterschlagung bestraft werden? Isay meint, ich müsse (ebenso wie v. Tuhr) die Frage verneinen. Ein Gegenbeispiel: Ein durch einen Testamentsvollstrecker in der Verfügung beschränkter Erbe erteilt einem andern Vollmacht zur Veräußerung einer der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Sache. Ist die Verfügungsvollmacht des Erben gültig? Isay muß mit einem Nein antworten; denn der Erbe kann nicht verfügen (§ 2211), eine Verfügungsvollmacht aber ist nach seiner Ansicht Verfügung. Mit diesem Nein dürfte aber Isay kein Echo finden. Es scheint also, als ob auch er die praktischen Konsequenzen seiner Ansicht nicht bedacht habe, also auch er Begriffsjurist sei. Für mich ist der Fall klar: Die Vollmacht ist gültig, also gegebenenfalls stempelpflichtig usw. Es ist daher so, wie wenn der Erbe selber veräußert hätte, so daß die Verfügung durch Wegfall des Testamentvollstreckers und damit der Verfügungsbeschränkung konvaleszieren kann.

Doch nun zu dem Fall des Bankiers zurück. Zu ihm ist einfach zu sagen, daß strafrechtlich der persönlich vorgenommenen Verfügung die durch Vermittlung eines andern getätigte gleichgestellt werden muß, und entsprechendes ist unter Hinweis auf § 157 BGB. zu dem weiterhin von Isay gebrachten Fall eines vertraglichen Verfügungsverbotes zu bemerken.

Es bleibt noch die Reichsgerichtsentscheidung selber (Bd. 90, S. 395), die der erste Anlaß zu der Kontroverse überhaupt ist. Isay hält sie für richtig. „Der unbefangenen Betrachtung scheint die Bejahung zweifellos" (S. 195). Die Unbefangenheit Isays gegenüber der Entscheidung ist allerdings nicht zu bestreiten; denn sonst könnte er nicht dem Leser sagen, daß ich den Nachweis ihrer Unzweckmäßigkeit überhaupt nicht versucht habe (S. 200), was ihm dann Anlaß gibt, vor Begriffsjurisprudenz

zu warnen (S. 202). Das Gegenteil ist der Fall! Ich habe mich den sachlichen Bedenken von Tuhrs gegen die Billigkeit und Zweckmäßigkeit des Urteils angeschlossen und weitere hinzugefügt (S. 272). Ja noch mehr! Ich bin sogar soweit gegangen, daß ich nicht nur dem Empfänger einer Verfügungsvollmacht, sondern auch dem einer Verfügungseinwilligung, wiewohl ich diese, abweichend von Tuhr, übereinstimmend mit Isay, für eine Verfügung halte, den Schutz des guten Glaubens nach § 893 und § 2367 abgesprochen habe, aus eben jenen sachlichen Bedenken (S. 284). Ist das Begriffsjurisprudenz oder nicht vielmehr das bewußte und klare Gegenteil desselben?

Aber der Leser gestatte mir zu dieser Entscheidung noch ein Wort. Ich will nicht in den entgegengesetzten Fehler verfallen, indem ich nunmehr meinerseits die Entscheidung für zweifellos unrichtig erkläre. Eine Frage, über die das Reichsgericht einerseits und ein Mann vom Range v. Tuhrs anderseits verschieden denken, ist überhaupt nicht zweifellos. Ich bin mir vielmehr bewußt, daß der Entscheidung ein Gedanke zugrunde liegt, über den sich wohl reden läßt. Es ist dies, wie mir scheint, die gefühlsartige Auffassung, daß jedermann das Recht habe, den Bucheigentümer als den wahren Eigentümer des Grundstücks anzusehen und danach sein Verhalten einzurichten, ob dieses nun im Erwerb eines Rechts an dem Grundstück oder in irgendeinem sonstigen Benehmen, sogar in einer rein tatsächlichen Einwirkung auf das Grundstück bestehe — alles das natürlich nur solange, als er nicht die Unrichtigkeit des Grundbuchs erfährt. Möglich, daß ein Gesetzgeber einmal soweit geht, ja man könnte sogar, was das geltende Recht betrifft, daran denken, im Wege der Analogie zu diesem Standpunkt zu kommen, aber es ist nun einmal meine Ansicht, daß diese Auffassung der lex lata nicht entspricht. Nicht nur, daß sie vollkommen unhistorisch ist, wie nicht weiter bewiesen zu werden braucht — sie geht auch m. E. weiter, als es das praktische Bedürfnis verlangt. Der gute Glaube soll den buchrechtsgeschäftlichen Verkehr schützen, mehr nicht. So fragt sich denn, ob die sich auf Buchrechte beziehende Verfügungs-

vollmacht dazu gehört. Das möchte ich verneinen. Der Empfänger einer Verfügungsvollmacht pflegt rein als solcher das Grundbuch nicht einzusehen und hat auch keinen Anlaß dazu.

Aber dem sei wie ihm wolle: So zweifellos wie Isay es hinstellt, ist die Frage der Zweckmäßigkeit der Entscheidung jedenfalls nicht, weshalb ich glaube, daß er besser getan hätte, seine Gründe für die Bejahung derselben darzulegen, anstatt den Tatsachen zuwider mir nachzusagen, daß ich den Nachweis der Unangemessenheit überhaupt nicht versucht habe.

III. Damit berühre ich bereits den letzten und wichtigsten Punkt, die Frage meiner Methode. Isay kennzeichnet sie als die Methode, Rechtssätze auf dem Wege rein analytischer Ableitung aus einem a priori gebildeten Urteil zu entwickeln [5]). Mein Ergebnis sei deduktiv von einem angenommenen Begriff aus abgeleitet (S. 197).

Welches ist nun das a priori gebildete Urteil? Welches der angenommene Begriff?

Ich ging davon aus, daß die Verfügung eine solche Willenserklärung ist, die zu ihrer Wirksamkeit einer gewissen Rechtszuständigkeit, einer Verfügungsbefugnis bedarf. Ist das etwa der von Isay bemängelte a priori Begriff? Dann hat Isay einen andern Verfügungsbegriff als wir andern.

Ich untersuchte folgerecht: Setzt eine Verfügungsvollmacht zu ihrer Wirksamkeit eine Verfügungsbefugnis des Vollmachtgebers voraus? Und fragte zu dem Zweck: Was ist die der Verfügungsvollmacht eigentümliche Wirkung? Ich fand nun (mit v. Tuhr), daß die communis opinio die von einem Nichteigentümer erteilte Verfügungsvollmacht als solche für durchaus gültig erachtet, und schloß daraus, daß sie folglich keine Verfügung sei, und machte nun an der Hand des § 185 die Probe aufs Exempel, dabei überall zu angemessenen Ergebnissen kommend. Die Frage, was denn nun die der Vollmacht im allgemeinen und der Verfügungsvollmacht im besonderen eigentümliche Wirkung sei,

5) Isay a. a. O. S. 202. Ich nehme an, daß diese Worte sich auf mich beziehen.

beantwortete ich dahin, daß sie in der Ermöglichung der Fremdwirkung der vom Bevollmächtigten abzugebenden Erklärung bestehe.

Mir liegt nichts ferner, als zu bestreiten, daß mir bei diesem Verfahren ein Fehler unterlaufen sein kann, denn wer ist unfehlbar, noch dazu auf einem so schlüpfrigen Boden, wo ein v. Tuhr mehrfach ausglitt, was Isay wenigstens insofern annehmen muß, als er meinen, die Verfügungseinwilligung betreffenden Ausführungen gegen diesen im Ergebnis beitritt — aber was ich nicht zugeben kann, ist, daß die Methode als solche unrichtig sei. Worin sie fehlerhaft sein sollte, hat Isay nicht näher gezeigt. Ist insbesondere jene Tatsache, daß wir die von einem Nichteigentümer erteilte Verfügungsvollmacht für gültig erachten, ein a priori gebildetes Urteil oder eben eine Tatsache, die rein empirisch festgestellt wurde? Ist also die Grundlage meiner Beweisführung deduktiver oder induktiver Art? Ich meine, doch wohl von der letzteren. Wenn aber Isay meine Analyse des mit dem Worte Verfügungsvollmacht bezeichneten Lebensvorgangs mißfällt, so kann ich darauf nur erwidern, daß mir die seine auch nicht einleuchtet.

Ihm ist, wie erwähnt, auch die Verfügungsvollmacht, nicht bloß die Verfügungseinwilligung eine Verfügung. Aber irgendein Unterschied muß doch bestehen? Isay hat ihn schnell gefunden: Im ersten Fall werden schuldrechtliche Beziehungen zwischen D und K begründet, im zweiten nicht (S. 197), die dingliche Wirkung dagegen trete in beiden Fällen gleichmäßig ein. Die Verfügungsvollmacht sei umfassender als die Verfügungseinwilligung: Sie gebe nicht nur die Rechtsmacht, das Eigentum zu übertragen, sondern außerdem auch noch die Befugnis, alle damit in Zusammenhang stehenden Verpflichtungen dem Erwerber aufzulegen [6]).

Wenn ich Isay recht verstehe, besteht also zwischen Verfügungsvollmacht und Verfügungseinwilligung kein

6) Isay, S. 198. In Zeile 9 von unten daselbst muß es wohl K statt D heißen.

qualitativer, sondern ein quantitativer Unterschied; jene ist eben sozusagen Verfügungseinwilligung plus Verfügungsvollmacht. Das scheint mir eine Behauptung, die keiner Widerlegung bedarf. Der Unterschied zwischen beiden ist gewiß ein qualitativer, und beide Dinge können überhaupt nur in ausschließlichem Bezug auf Verfügungen, also unter Ausschaltung des Kausalaktes verglichen werden.

Jedes Wort mehr würde nun zu einer Auseinandersetzung über die Sache selbst führen. Sie liegt nicht in meiner Absicht, um so weniger als Isay zu meinen Argumenten im einzelnen nicht Stellung genommen hat, insbesondere nicht auf den § 184, II BGB. eingegangen ist, der, wie mir scheint, die Richtigkeit des Grundgedankens meiner Abhandlung besonders klar erweist [7]). Worauf es mir hier ankommt, ist ja nur dieses, darzutun, daß die Vorwürfe Isays gegen meine Methode unberechtigt sind. Es ist nicht richtig, daß jeder beliebige praktische Fall die Anwendbarkeit des § 185 auf die Verfügungsvollmacht beweise. Es ist ferner nicht richtig, daß die Nichtanwendung des § 185 auf die Verfügungsvollmacht zu unangemessenen, ja unerträglichen Ergebnissen führe, und daß ich meine Ansicht auf ihre praktische Brauchbarkeit hin überhaupt nicht geprüft habe. Es ist endlich nicht richtig, daß ich von einem a priori gebildeten Begriff ausgegangen sei und daraus Rechtssätze abgeleitet habe. Richtig ist vielmehr, daß ich von einer Tatsache ausgegangen bin, nämlich von der Tatsache, daß die von einem Nichteigentümer erteilte Verfügungsvollmacht jedermann als gültig und wirksam erscheint. Mit dieser Tatsache hätte sich Isay, da er gleichwohl die Verfügungsvollmacht für eine Verfügung hält, in erster Linie auseinandersetzen müssen. Daß er das nicht getan hat, scheint mir nicht gerade dafür zu sprechen, daß seine Methode besser sei als die meine.

7) Ich benutze die Gelegenheit darauf hinzuweisen, daß, was mir entgangen war, v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd. II 2, S. 244 Note 228 den Fall der in meiner Abhandlung S. 290 erörterten, übrigens von Celsus, nicht, wie ich versehentlich schrieb, von Marcellus stammenden lex 71 § 2 D. 46, 3 gleichfalls besprochen hat. Und zwar hat er sich, anders als ich, gegen Celsus erklärt.