

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 4 (1885)

Artikel: Der Vertragsabschluss nach dem schweizerischen Obligationenrecht : kritische Bemerkungen

Autor: König, K.G.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896737>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 18.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Der Vertragsabschluss

nach dem schweizerischen Obligationenrecht.

Kritische Bemerkungen

von

Prof. Dr. K. G. König.

I.

Ein wissenschaftlicher exegetischer Commentar zu dem schweizerischen Obligationenrecht ist erst noch zu schreiben, denn derjenige der Herren Fick und Schneider hat mehr das praktische Bedürfniss im Auge als eine wissenschaftliche Begründung oder Kritik der einzelnen Bestimmungen. Auch die bisher erschienenen Bearbeitungen von Jacottet und von Haberstich scheinen näherliegende Ziele im Auge gehabt zu haben. Die Aufgabe ist auch keine leichte, weil die Materialien, die vorbereitenden Arbeiten der sachverständigen Commissionen und die Protokolle über die abschliessenden Berathungen der eidg. Räte nicht in hinreichender Vollständigkeit vorliegen. Eine vergleichende Zusammenstellung der verschiedenen Entwürfe fehlt, und nicht immer werden uns die Motive klar, deutlich und vollständig mitgetheilt, welche Veranlassung gegeben haben zu wichtigen Aenderungen früherer Redaktionen. Die Berichte der Commissionen, so schätzbares Material sie auch enthalten mögen, sind hiefür nicht ausreichend, um so weniger, als Anträge, die im Schoosse der Versammlung gestellt und von derselben angenommen worden sind, in denselben keine Berücksichtigung finden konnten, und gedruckte Verhandlungen der Räte nicht vorliegen, so dass oft als

unmotivirt erscheinen muss, was vielleicht motivirt gewesen ist. Die bundesräthliche Botschaft endlich bezieht sich nur auf den Entwurf, wie er der Bundesversammlung vor der letzten Berathung vorgelegt worden ist, und berücksichtigt daher die vielfach abgeänderte definitive Redaction nicht; überdiess ist dieselbe zu dürftig und zu unvollständig, als dass ihr eine sehr grosse Bedeutung beigemessen werden könnte. An Motiven, wie sie sonst einer derartigen gesetzgeberischen Arbeit beigegeben zu werden pflegen, fehlt es leider ganz. Der Ausleger ist daher vollkommen berechtigt, einzig die ihm vorliegende Willensäusserung des Gesetzgebers, wie sie im Gesetze ihren definitiven Ausdruck gefunden hat, als massgebend zu betrachten und zumal auf halb ausgesprochene und halb verschämt verschwiegene Motive, namentlich wenn sie politischer Natur sind, keine Rücksicht zu nehmen. Das Volk hatte das Recht, das Gesetz vor sein eigenes Forum zu ziehen und eine Abstimmung über dasselbe zu verlangen; wenn es von demselben keinen Gebrauch machte, so geschah es, weil das Gesetz, wie es vorlag und ihm zur Kenntniss gebracht wurde, annehmbar erschien, und keineswegs, weil es ihm unbekannte Motive oder schlotterige Compromisse zu ratificieren beabsichtigte. Für uns haben dieselben daher höchstens ein historisches Interesse, für die Auslegung des Gesetzes aber sind sie nicht massgebend. Der Interpret hat sich nicht um das zu kümmern, was einzelne Mitglieder der Bundesversammlung gedacht oder gesagt haben, sondern sich an den Wortlaut des Gesetzes zu halten. Namentlich ist der Richter weder berechtigt noch verpflichtet, die möglichen Gedanken der Gesetzgeber aufzusuchen, um sie zur Anwendung zu bringen, sondern er hat das Gesetz anzuwenden, auch wenn es mit dem nachweisbaren Willen des Gesetzgebers sich im Widerspruch befinden sollte. Erlassung eines Gesetzes und Auslegung desselben sind Funktionen verschiedener Behörden, die unabhängig von einander ausgeübt werden, und so wenig als der Richter dem Gesetzgeber den Inhalt der zu erlassenden Gesetze vorschreiben darf, so wenig kann der Gesetzgeber dem Richter vorschreiben, wie er das Gesetz auszu-

legen hat. Auch die Wissenschaft kann sich solche Schranken nicht gefallen lassen, welche jede weitere Entwicklung der Keime, welche in dem Gesetze liegen, hemmen und eine wissenschaftliche Behandlung des neuen Rechtes unmöglich machen würden. Das „bis hieher und nicht weiter“ mag mit Beziehung auf einzelne Bestimmungen in dem frommen Wunsche Einzelner gelegen haben, allein dem Richter darf und soll man nicht zumuthen, denselben zu erfüllen, wo ihm der ausgesprochene Wille nicht zur Seite steht. Diese Auffassung fand schon am schweizerischen Juristentage in St. Gallen entschiedene Vertreter und wird auch im Verlaufe dieser Arbeit weiter begründet werden. Nachdem wir uns hiemit alle Freiheit gewahrt haben, gehen wir auf einzelne Fragen über, welche schon jetzt zu verschiedenen Auffassungen Anlass gegeben haben.

Eine Definition des Vertrages enthält das O.-R. nicht, sondern es begnügt sich damit, ein Erforderniss aufzustellen, welches für jeden Vertrag wesentlich ist und daher bei keinem fehlen darf, „die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung“. Damit ist aber noch keineswegs gesagt, dass durch eine solche übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung stets ein Vertrag entstehe, vielmehr setzt der letztere ein Recht voraus, worüber Parteien verfügen können, und welches von dem einen Contrahenten gegenüber dem andern erzwingbar ist, es muss somit eine Forderung entstehen und auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden können. Die Forderung muss einen Vermögenswerth darstellen. Der übereinstimmende und gegenseitig geäusserte Wille zweier Studenten, in ein Bierhaus zu gehen, ist noch kein Vertrag.

Aus dem Wortlaute des Art. 1 folgt im Ferneren nicht, dass alle Verträge Consensualverträge seien und somit Rechte und Verbindlichkeiten durch blosse Willensübereinstimmung entstehen, dass namentlich mutuum, commodatum und depositum aus Realcontrakten reine Consensualcontrakte geworden seien, vielmehr ist in jedem einzelnen Falle zu untersuchen, welche Ansprüche aus dem blossen Consensualcontrakte ent-

stehen, und welche dagegen ein mehreres, eine vorausgegangene Leistung voraussetzen. So ist es gewiss nicht genau, wenn Art. 329 bestimmt, durch den Darlehensvertrag verpflichte sich der Darleiher „zur Uebertragung des Eigenthumes an einer Summe Geldes, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art, in gleicher Menge und Güte“. Der Verpflichtung zu übertragen entspricht nur diejenige zu übernehmen. Es entsteht somit aus dem übereinstimmenden und gegenseitig geäußerten Willen nur ein Anspruch auf Aushändigung der versprochenen Darlehenssumme einerseits und derjenige auf Annahme derselben andererseits. Dies wird ausdrücklich anerkannt in Art. 331 O.-R.: Der Anspruch des Borgers auf Aushändigung des Darlehens und der Anspruch des Darleihers auf Annahme desselben verjährt in sechs Monaten vom Eintritte des Verzuges an gerechnet.

Hier werden sich die beiden aus dem Consensualcontrakte entspringenden gegenseitigen Ansprüche entgegengesetzt. Allein selbst diese Wirkung des Vertrages ist noch an die Voraussetzung geknüpft, dass das Darlehen ein verzinsliches sei, dem Darleiher somit aus der Aushändigung ein Vortheil erwachse. Ist dies nicht der Fall, so kann nur eine einseitige Verpflichtung zur Aushändigung, nicht aber eine solche auf Annahme entstehen. Wenn nun auch in der Regel der Wille der Parteien auf sofortige Aushändigung der Darlehenssumme gerichtet ist, so kommt es doch oft genug vor, dass dieselbe von einem noch ungewissen oder jedenfalls zukünftigen Ereigniss abhängig gemacht wird, z. B. von dem Zustandekommen eines Kaufes oder einer Unternehmung einer Gesellschaft u. s. w., und die Parteien sich somit nur für diesen Fall binden wollen. Soll daher der Darlehensvertrag für den Borger nicht nur eine Verpflichtung zur Annahme erzeugen, sondern auch eine solche auf Rückerstattung, so muss nothwendig die Aushändigung vorausgegangen sein, da sie nur aus ihr entstehen kann. Die in Art. 329 vorgesehene Verpflichtung des Borgers entsteht daher nicht consensu, sondern re. Das nämliche ist der Fall bei den Verträgen über Gebrauchsleihe, Hinterlegung und Faustpfand. Ueberall entsteht die Verbindlichkeit zur

Rückgabe nicht durch Abschluss des Vertrages, sondern erst durch die Hingabe der Sache. Wir müssen daher auch nach dem schweiz. O.-R. die Existenz von Realcontrakten neben Consensualverträgen anerkennen.

Wenn ferner das Gesetz von einer „übereinstimmenden Willensäußerung“ spricht, so setzt dies voraus, dass beide Parteien ihren Willen geäußert haben. Es müssen daher beide Contrahenten ein Rechtsverhältniss begründen wollen, und es kann dasselbe nicht einseitig durch den Schuldner, ohne entsprechende Gegenäußerung des Gläubigers, begründet werden. Ohne seinen Willen und ohne sein Wissen erwirbt er keinen Anspruch. Hievon macht Art. 128, welcher von den Verträgen zu Gunsten Dritter handelt, keine Ausnahme, weil hier keine einseitige Willenserklärung des Schuldners vorliegt, sondern eine solche, welche einem Mitcontrahenten gegeben und von ihm angenommen worden ist, somit einseitig nicht mehr zurückgenommen werden kann. Gestützt auf diesen Vertrag kann Derjenige, welcher sich eine Leistung zu Gunsten eines Dritten hat versprechen lassen, dieselbe fordern, und sobald der Letztere erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, so kann der Schuldner auch von dem Gläubiger nicht mehr von seiner Verpflichtung entbunden werden, während dies so lange möglich ist, als es an einer Willensäußerung des Dritten fehlt. Dagegen kann allerdings nach englischem Recht zwar nicht durch simple contract, wohl aber durch formelles, in einer besiegelten Urkunde enthaltenes einseitiges Versprechen — *promise by deed*, auch *contract by deed*, weil jedes erzwingbare Versprechen *contract* genannt wird — eine unwiderrufliche Verpflichtung entstehen, auch wenn der dritte noch keine Kenntniss davon hat. Er kann den Anspruch geltend machen, sobald er von demselben auf irgend eine Weise Kenntniss erhalten hat, z. B. nach dem Tode des Promittenten, und die Verbindlichkeit wird nur durch die Ablehnung des Promissars hinfällig. Pollock spricht sich hierüber folgendermassen aus: *It is established by a series of authorities, which appear to be confirmed by the ratio decidendi of Xenos v. Wickham in the House of Lords, that a*

promise so made (by deed) is at once operative without regard to the other parties acceptance. It creates an obligation which whenever it comes to his knowledge affords a cause of action without any other signification of his assent, and in the meanwhile it is irrevocable . . . The general principles of contract are, however, respected to this extent, that if the promisee refuses his assent when the promise comes to his knowledge the contract is avoided.

Pollock, Principles of Contract 3. ed. p. 47.

In gleicher Weise sprach sich Lord Blackburn im Oberhause bei Behandlung des citirten Falles aus: It is clear, sagte er, on the authorities as well as on the reason of the thing, that the deed is binding on the obligor before it comes into the custody of the obligee, nay even before he knows of it; though of course it he has not previously assented to the making of the deed the obligee may refuse it.

Anson, Principles of the English Law of Contract 2. ed. p. 28.

Hierin liegt eine so erhebliche Abweichung von den Grundsätzen des römischen Rechtes, dass gemeinrechtliche Juristen sich nur mit Mühe in eine solche Auffassung hineinfinden können. Schlossmann geht sogar so weit, zu behaupten, ein Satz des Inhaltes, es könne unter Umständen auch ein „nicht acceptirtes Versprechen obligiren,“ sei nirgends überliefert; derselbe würde ein juristisches Monstrum sein, für den es an jedem legislativen Motive fehlen würde Mit demselben Rechte könnte man den römischen Kaisern der besten Zeit zutrauen, dass sie decretirt hätten, ein Kreis solle unter Umständen ein Quadrat sein, wie das Andere: „dass man von einer durch die innerste Natur der Rechtsverhältnisse mit Nothwendigkeit bedingten Voraussetzung der Obligation in gewissen Fällen absehen solle.“

Schlossmann, der Vertrag S. 150.

Dieses Monstrum und dieser quadratische Kreis sind Bestandtheile des englischen Rechts, wovon sich Herr Schlossmann mit Leichtigkeit aus den citirten Schriften überzeugen kann.

Eine andere Frage betrifft das Schuldverhältniss, die *causa*; muss einer vertragsmässig übernommenen Verpflichtung ein Schuldverhältniss zu Grunde liegen? Einer Erwähnung der *causa*, des Verpflichtungsgrundes, bedarf es zu der Gültigkeit des Schuldbekenntnisses nicht; damit ist aber die Frage keineswegs entschieden, ob nicht dessen ungeachtet dieselbe von dem Vorhandensein einer *causa* abhängig sei. Hafner bejaht die Frage, ebenso Schneider, mit Berufung auf das französische Recht. Allein während Art. 1131 C.C. ausdrücklich bestimmt *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*, bestimmt dagegen Art. 17 O.-R. nur: Gegenstand des Vertrags kann nur eine Leistung sein, welche möglich und nicht widerrechtlich oder unsittlich ist; von der Nothwendigkeit eines Verpflichtungsgrundes, einer *causa*, ist nicht die Rede, und wir sind nicht berechtigt, ohne Noth die Rolle der Gesetzgebers zu übernehmen, und zu ergänzen, was er nicht gesagt hat und vielleicht nicht hat sagen wollen. Ein gesetzliches Hinderniss, eine vertragsmässige Anerkennung als einen selbstständigen, von jeder *causa* losgelösten Verpflichtungsgrund anzusehen und gelten zu lassen, besteht daher in unserem Gesetze nicht. Der Aussteller eines Wechsels wird aus dem Wechsel verpflichtet, auch wenn es an einem Verpflichtungsgrunde fehlen sollte; ebenso wird der Aussteller einer abstrakten Schuldverpflichtung aus derselben verpflichtet; die gewählte Form hat verbindliche Kraft, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder das Fehlen eines Verpflichtungsgrundes. Nach englisch-amerikanischem Recht ist ein formelles gegebenes und angenommenes einseitiges Versprechen nicht einklagbar, wenn es an einer Gegenleistung fehlt, mögen auch die Motive im Uebrigen noch so schwerwiegend gewesen sein. Es wird somit die Gültigkeit eines formlos abgeschlossenen Vertrages von dem Vorhandensein einer „*consideration*“ abhängig gemacht und darunter versteht man im engl. Recht nicht das Motiv, wie Rüttimann — engl. Civilprozess S. 26 — annimmt, sondern eine Gegenleistung oder ein Gegenversprechen. Sie kann bestehen in einem Vortheil, welchen die berechtigte Partei

dem Verpflichteten zugewendet hat oder zuwenden will, oder in einem Nachtheil, den er bereits erlitten hat oder erleiden zu wollen verspricht. Eine allgemein als richtig anerkannte Definition von consideration gab im Jahr 1875 die Exchequer Chamber in folgender Fassung: „A valuable consideration in the sens of the Law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other. Pollock l. c. S. 179.

Schuster, in Busch's Archiv, Bd. 46 S. 111 ff.

Wird dagegen das Versprechen förmlich gegeben, schriftlich und mit dem Siegel — under seal — dann ist es bindend auch ohne consideration.

Pollock l. c. Anson l. c. S. 12 und 40. Campbell, Sale of Goods S. 141.

Mit dem englischen stimmt auch das amerikanische Recht überein und Holmes fasst die daherige Lehre folgendermassen zusammen:

Our law does not enforce everez promise which a man may make. Promises made as ninety-nine promises out of a hundred are, by word of mouth or simple writing, are not binding unless there is a consideration for them. That is, as it is commonly explained, unless the promisee has either conferred a benefit on the promissor, or incurred a detriment, as the inducement to the promise. Common Law S. 253.

In gleicher Weise spricht sich aus Wharton, Law of Contracts I. § 494, wo namentlich der Unterschied zwischen der römischen causa und der englischen consideration auseinander gesetzt wird.

Zu den Erfordernissen eines gültigen Vertragsabschlusses gehört nach Art. 1 ausser der Aeusserung eines fehlerlosen Willens auch die Uebereinstimmung über die „wesentlichen Punkte.“ Daraus folgt, dass dieselbe von den Parteien selbst vereinbart sein müssen, und nicht einseitig von einer derselben festgesetzt werden dürfen, z. B. Betheiligung bei einer später zu nennenden Unternehmung, oder Verpflichtung für ein bestimmtes Unternehmen „unter den Bedingungen des zu entwerfenden und zu bestätigenden Statuts.“

Entsch. des R.-O.-H.-G. VII. 267. XVIII. 354 ff.

Eben so wenig entspricht es den Bestimmungen des Gesetzes, wenn die Festsetzung der wesentlichen Punkte einem Dritten überlassen wird.

Entsch. des R.-O.-H.-G. XI. 375 ff. und Wiener in Goldschmidts Ztsch. f. H.-R. XXIV. 42.

So lange daher diese wesentlichen Punkte nicht von den Parteien selbst festgestellt oder angenommen worden sind, kann von einer übereinstimmenden Willensäußerung mit Bezug auf dieselben und somit von einem gültigen Vertragsabschlusse nicht die Rede sein. Ist aber diesem Erforderniss ein Genüge geleistet, so kann die Thatsache selbst durch jedes Beweismittel festgestellt und bewiesen werden, insofern das O.-R. nicht ausdrücklich einen formellen Vertragsabschluss fordert.

Die Willensäußerung, wodurch die Parteien den Vertrag zum Abschluss bringen, kann eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein, allein das blosse Schweigen, wo keine Verbindlichkeit zu reden und zu antworten vorhanden ist, kann nicht als Zustimmung ausgelegt werden. Es müssen vielmehr Handlungen oder Unterlassungen vorliegen, aus welchen entweder auf den Annahmewillen mit Sicherheit geschlossen werden kann, oder an welche das Gesetz die Fiction der Annahme einer vertragsmässigen Offerte knüpft. Wo daher eine Verbindlichkeit zur Antwort nach Gesetz oder Uebung nicht besteht, da liegt in dem Schweigen keine Annahme sondern die Unterlassung einer solchen. Mit Unrecht behauptet daher Haberstick S. 110, ein Kunde, welchem der Buchhändler Bücher zur Einsicht sende mit dem Beifügen, dass wenn die letzteren nicht in einer bestimmten Frist zurückgesandt werden, angenommen werde, der Adressat wolle dieselben zu dem facturirten Preise behalten, sei nun auch wirklich verpflichtet dieselben zu behalten und zu bezahlen, wenn er sie nicht binnen der bestimmten Frist zurücksende, oder ausdrücklich erkläre, dass er dieselben nicht behalten wolle. Dies ist nicht anerkannten Rechts. Selbst mit Bezug auf den Verkehr unter Kaufleuten anerkennt das R.-O.-H.-G. keinen

Handelsgebrauch, welchem zufolge in der vorbehaltlosen Annahme einer gehörig facturirten Waare für sich allein schon im Zweifel eine Annahme der in der Zusendung von Waaren mit Factura liegenden Offerte, zu kaufen, zu finden sei; Nur in Verbindung mit anderen hinzugekommenen Umständen, nicht für sich allein, könne das Schweigen auf die Zusendung unbestellter Waaren und das Liegenlassen beim Adressaten als (stillschweigende) Annahme der gemachten Offerte gedeutet werden. Demnach könne die Frage, ob stillschweigende Annahme des in der Zusendung unbestellter Waaren liegenden Anerbietens dieselbe zu kaufen vorliege, stets nur nach den Verhältnissen des einzelnen Falles entschieden werden.

Entsch. XVI. 132. Ztsch. f. H.-R. IX. 182.

Der Uebersender einer unbestellten Waare kann unzweifelhaft einseitig bestimmen, wie lange er selber an sein Angebot gebunden sein wolle, dagegen kann er nicht von sich aus und in seinem eigenen Interesse die Folgen einer Unthätigkeit des Oblaten bestimmen, da er nicht berechtigt ist ihn zu einer positiven Handlung oder zu einer Erklärung zu zwingen.

Regelsberger, Erörterungen S. 94.

Hauser in Ztsch. f. H.-R. XII. 194.

Bei Zusendung von Büchern kann daher der Offerent nur die Rückgabe verlangen, wenn binnen der gestellten Frist keine Annahme erfolgte. Selbst wenn dieselbe auf Wunsch des Oblaten geschah, so ist doch die Fristbestimmung für ihn nicht bindend, sondern er kann nur angehalten werden, die Bücher auf seine Gefahr und Kosten wieder zurückzusenden. Will er diese Verbindlichkeit nicht übernehmen, so kann er sich Zusendungen verbitten.

Ztsch. f. H.-R. IV. 395.

Mit Bezug auf Lotterieloose wurde sogar angenommen, es bestehe nicht einmal eine Verbindlichkeit zur Rückgabe.

Seuffert's Archiv VII. Nr. 97.

Dagegen kann ein entgegengesetzter Gebrauch sich im kaufmännischen Verkehr oder einzelnen Theilen desselben gebildet haben, und in diesem Falle wird eine Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung angenommen, und das Still-

schweigen alsdann als Annahme oder als Ablehnung ausgelegt. So ist man im Buchhandel nach den geltenden Usancen geneigt eine stillschweigende Einwilligung des Sortimenters anzunehmen, sofern er nicht gegen die Zusendung unverlangter Verlagsartikel protestirt und die eingesandten dem Verleger nicht zur Disposition stellt.

Buhl in Ztsch. für H.-R. XXV. 152.

Der Vertrag kann auch durch das Gesetz selbst ergänzt und zur Vollständigkeit gebracht werden, indem es der Nichtablehnung eines Antrages die Bedeutung einer Annahme beilegt; dies ist dann der Fall, wenn eine gesetzliche Verpflichtung vorhanden ist, auf einen gehörig gemachten Antrag zu antworten. Wenn z. B. bei dem Kaufe auf Probe die Waare vor der Prüfung übergeben worden ist, so gilt dieselbe als genehmigt, wenn der Oblat nicht binnen der ortsüblichen Frist oder auf die Aufforderung des Verkäufers die Nichtannahme erklärt oder die Sache zurückgibt. Ebenso gilt der Auftrag nach Art. 393 als angenommen, wenn er nicht sofort abgelehnt wird und sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, welche der Beauftragte kraft obrigkeitlicher Bestellung oder gewerbsmässig betreibt, oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat. Von einer stillschweigenden Annahme kann hier nur in sehr uneigentlichem Sinne gesprochen werden, denn weder ist eine Willensäußerung vorhanden, noch wird eine solche vorausgesetzt, sondern einfach an eine Unterlassung eine bestimmte gesetzliche Folge geknüpft. Auch von einer Rechtsfiction der Annahme kann nicht gesprochen werden, weil der Wille des Käufers oder des Beauftragten irrelevant ist, und beide sich von Gesetzeswegen so behandeln lassen müssen, als hätten sie die gemachte Offerte oder den erhaltenen Auftrag ausdrücklich angenommen. Eine stillschweigende Annahme setzt immer Handlungen oder Unterlassungen voraus, aus welchen der Schluss gezogen werden kann, dass der Oblat mit dem Willen des Offerenten übereinstimme, dass er somit den Abschluss des beantragten Vertrages wolle; sie müssen einen Schluss auf die Absicht und den Willen einer Partei gestatten. Wann dies der Fall sei,

muss sich im einzelnen Falle aus den Umständen, den Gebräuchen und den Beziehungen der Parteien zu einander ergeben, ohne dass es möglich wäre, eine allgemeine Regel aufzustellen. Daran aber muss festgehalten werden, dass aus dem Schweigen allein auch in den Fällen des Art. 393 nicht auf einen Willen anzunehmen geschlossen werden darf, sondern dass der Stillschweigende unbekümmert um seinen Willen so behandelt wird, als hätte er den Vertrag wirklich abgeschlossen; nicht vermöge seines Willens, sondern Kraft gesetzlicher Vorschrift wird er verpflichtet, den Vertrag zu erfüllen.

Eine Neuerung höchst zweifelhaften Werthes ist die Bestimmung in Art. 2, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindere, wenn die Parteien sich über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben. Es wird somit vorausgesetzt, dass nach erzielter Einigung über alle wesentlichen Punkte die Erledigung von Nebenpunkten von Parteien vorbehalten worden sei. Haben daher dieselben zwar keine Bestimmungen über die Nebenpunkte getroffen, allein auch keinen Vorbehalt gemacht, so findet Art. 2 keine Anwendung, sondern es werden die Nebenpunkte durch die Bestimmungen des Gesetzes ergänzt, haben sich Parteien z. B. geeinigt über Gegenstand und Preis eines Kaufobjektes, über die Zahlungsbedinge aber weder eine Abrede getroffen noch auch einen Vorbehalt mit Rücksicht auf dieselben gemacht, so hat der Richter über dieselben nicht nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden, sondern es ist der Gläubiger berechtigt, sofortige Zahlung zu verlangen. Das Gesetz setzt daher voraus, dass die Parteien eine Abrede über die Nebenpunkte beabsichtigten, sich aber über dieselben nicht zu einigen vermochten. Es fragt sich daher, was unter den wesentlichen Punkten eines Vertrages zu verstehen sei, und was unter den Nebenpunkten. Unzweifelhaft sind unter den wesentlichen Punkten die s. g. *essentialia negotii* zu verstehen, d. h. diejenigen Bestandtheile, ohne welche ein Vertrag einer bestimmten Art überhaupt nicht zu Stande kommen kann, z. B. Kaufobjekt und Kaufpreis, Verpflichtung zur Aushändigung

und zur Rückzahlung eines Darlehens, während die Verzinsung nicht einmal zu den *naturalia negotii* gehört. Nun versteht es sich aber von selbst, dass jeder einzelne Punkt eines Vertrages, gehöre er zu den *essentialien* oder nicht, zu einem wesentlichen gemacht werden kann, in dem Sinne, dass Parteien den Vertrag gar nicht abschliessen wollen, wenn über denselben eine Einigung nicht erzielt wird. Wenn z. B. bei einem Kaufvertrag über ein Waarenlager oder ein Handelsgeschäft eine Einigung nicht erzielt ist über Anzahlung, Abzahlung und Versicherung der Kaufsumme oder Kaufrestanz, so gehören diese Punkte zwar nicht zu den *essentialia negotii*, allein doch zu denjenigen, welche die Parteien als wesentlich betrachten, und ohne deren Regelung sie ein Kaufgeschäft von solcher Bedeutung nicht als abgeschlossen betrachten. Kein Eigenthümer wird sein Grundstück veräussern, ohne Sicherheit für den Kaufpreis erhalten zu haben, dieselbe ist für ihn *conditio sine qua non* und bildet somit einen sehr wesentlichen Theil des Vertrages. Oder der Verkäufer eines Grundstückes will sich das Rückkaufsrecht vorbehalten; wenn dies der Fall ist, so ist es für ihn Bedingung des Verkaufes und kein Nebenpunkt, obgleich der Vorbehalt des Rückkaufes zu den *accidentalia negotii* gehört. Als wesentlich sind daher alle diejenigen Punkte zu betrachten, welche die Parteien als Vertragsbedingungen angesehen haben, und von denen nicht vermuthet werden kann, dass sie haben gebunden sein wollen, bevor eine Einigung darüber erzielt worden ist. Der Art. 2 kann daher nur in denjenigen Fällen Anwendung finden, wenn angenommen werden muss, die Parteien haben sich die Vereinbarung über die Nebenpunkte nicht selber vorbehalten, sondern den Vertragsabschluss auch ohne eine solche gewollt.

Dies ist z. B. dann der Fall, wenn Punktationen über die wesentlichen Punkte in Schrift gefasst worden sind.

Thöl. H.-R. § 247. Zürcher G.-B. §§ 910 und 915.

Die grösste Vorsicht ist daher um so mehr geboten, als in der Regel mit Abschluss des Vertrages die Gefahr auf den Käufer übergeht.

In einem vom O. A. G. zu Jena beurtheilten Falle wurde die Bestreitung eines Kaufabschlusses als nicht gerechtfertigt behandelt: „Weil in der That nach der Klage ein vollständig perfekter Kaufvertrag, nemlich eine Uebereinstimmung der Contrahenten über das Kaufobjekt, den Kaufpreis, den Zeitpunkt der Uebergabe und sogar theilweise über den Zahlungsmodus vorliegt. Dass bezüglich der Zahlung des Restes der Kaufsumme noch eine weitere Einigung vorbehalten wurde, macht den Vertrag nicht unperfekt, weil die Gültigkeit desselben Seitens des Verklagten nicht ausdrücklich von der Verständigung über die Ratenzahlung des Kaufgeldrestes abhängig gemacht worden ist, er sich also den gesetzlichen Bestimmungen unterworfen hat, falls die Verständigung nicht erfolgen sollte.“

Seuffert Arch. N. F. IV. N^o 25.

Für die hierseitige Auffassung sprechen auch die Motive eines Urtheils des O.-A.-G. zu Lübeck vom 27. Juni 1876. „Unzweifelhaft ist es richtig, dass für die Perfektion eines Kaufkontrakts die Einigung der Contrahenten über das Objekt und den Preis erforderlich ist. Daraus folgt aber nicht, dass auch der Contract immer dann schon perfect wird, sobald eine Einigung über diese Hauptpunkte erzielt ist. Nur wenn feststeht, dass die Parteien über die Nebenpunkte nichts besonderes haben festsetzen wollen, treten die sog. *naturalia negotii* ergänzend ein. Sobald dagegen auch nur in einem Nebenpunkte die Parteien ersichtlich eine besondere selbstständige Regelung in's Auge gefasst haben, so dass nicht angenommen werden kann, dass sie sich schlechthin den gesetzlichen Geschäftsregeln haben unterwerfen wollen, so ist der Contract noch unvollständig und darf kein Theil als gebunden angesehen werden, bis entweder die vorbehaltene Einigung erfolgt, oder die selbstständige Festsetzung dieses Nebenpunktes aufgegeben ist.“ Seuffert's Arch. N. F. III. N^o 210.

Dass die Wesentlichkeit eines Nebenpunktes nicht nur dann angenommen werden darf, wenn die Parteien darüber verhandelt haben, sondern auch dann, wenn sich dieselbe aus der Gesamtheit der Verhältnisse ergibt, anerkennt ein Ur-

theil des nämlichen Gerichts: „Was Windscheid von dem Falle sagt, wenn über Nebenpunkte verhandelt worden und darüber Dissens geblieben, oder wenn die Vereinbarung über Nebenpunkte vorbehalten worden ist, braucht nicht durchaus auf die Fälle beschränkt zu werden, wo über solche Nebenbestimmungen bereits wirklich verhandelt ist, sondern darf unter Umständen auch schon dann gelten, wenn nur nach der Lage des Falles als gewiss angenommen werden muss, dass die Parteien sich vor Feststellung auch solcher Nebenpunkte nicht haben binden wollen. Regelmässig freilich wird man eine solche Intention der Parteien, welche Vertragsbestimmungen, die an sich Nebenpunkte sind, in concreto zu Essentialien erhebt, nur dann annehmen, wenn wenigstens über diese Punkte besonders verhandelt worden ist. Allein wenn auch selten, kann es doch Fälle geben, wo auch ohne besondere ausdrückliche Verhandlung, rein aus der Totalität der Verhältnisse und der Lage der Parteien ein solcher Wille entnommen werden kann.“

Seuffert's Arch. N. F. III. N^o 210. II.

In gleichem Sinne spricht sich auch das Reichsgericht aus: Die Annahme, dass wenn die Parteien sich über Kaufobjekt und Kaufpreis geeinigt haben, dies den Schluss rechtfertige, dass das Kaufgeschäft zum Abschluss gekommen sei, verkenne alle Grundsätze über die Perfection eines solchen. Zwar knüpfe das Recht letztere im Allgemeinen an die Einigung der Contrahenten über Preis und Waare, allein es thue dies selbstverständlich doch nur in der Voraussetzung, dass die Verhandlungen nicht noch weitere Punkte betroffen habe, welche den Inhalt des Vertrages bilden sollten; denn jedes Vertragsgeschäft bilde ein Ganzes mit unzertrennlichem Inhalt und eine Einigung über das Geschäft sei so lange nicht zu Stand gekommen, als noch keine Einigung über alle einzelnen Theile dieses Inhalts erzielt sei. *Sive in ipsa emtione dissentiant sive in pretio sive in quo alio, emtio imperfecta est.* l. 9 pr. D. 18. 1.

Seuffert's Arch. N. F. VI. N^o 187.

Auch Vogt nimmt an, ein Vertrag sei nicht zu Stande

gekommen, wenn Parteien beim Abschlusse über einen Nebenpunkt streitig gewesen seien. Als ein solcher sind aber auch die Zahlungsbedingungen anzusehen, wenn weitere Verhandlungen und Vereinbarungen unter den Parteien vereinbart worden waren.

Wir halten die Bestimmungen des Gesetzes nicht für glückliche. Entweder haben sich die Parteien über die Nebenpunkte gar nicht ausgesprochen, über alle wesentlichen dagegen geeinigt, dann sollen die ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes zur Anwendung kommen; oder sie sind Gegenstand von Verhandlungen gewesen, welche zu keiner Verständigung geführt haben, dann ist überhaupt ein Vertrag nicht zu Stande gekommen, und es darf nicht vermuthet werden, es habe in der Absicht der Parteien gelegen, den Gegenstand ihres Dissenses durch den Richter entscheiden zu lassen. Nur wenn sie über die wesentlichen Punkte einig geworden sind und dieselben in bindender Form festgestellt haben, kann angenommen werden, sie haben den Abschluss des Vertrages gewollt, obgleich über die Nebenpunkte eine Einigung nicht erzielt war. Muss aber nach den Umständen angenommen werden, die Parteien haben dieselben zum Gegenstande einer besonderen Vereinbarung machen wollen, so gilt einstweilen der Vertrag nicht als zur Vollständigkeit gelangt.

Bundesger. 27. Dezember 1884. Bellenot c. Ducret.

Nicht glücklicher scheint mir der Vertragsabschluss unter Abwesenden geordnet worden zu sein in Folge eines im letzten Augenblick unbedacht angenommenen Zusatzes.

Der Entwurf von 1877 enthielt in Art. 55 folgende Bestimmung:

Wird ein Antrag ohne Bestimmung einer Zeit an einen Abwesenden gemacht, so ist der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkte gebunden, zu welchem er bei ordnungsmässiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang derselben erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes darf der Antragsteller von der Voraussetzung ausgehen, dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

Trifft die rechtzeitig abgesendete Annahme erst nach jenem Zeitpunkte ein, so besteht der Vertrag nicht, sofern

der Antragsteller in der Zwischenzeit oder ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gibt.

Dieses zweite Alinea stimmte dem Sinne nach ganz und dem Wortlaute nach beinahe mit Art. 319 des deutschen H.-G.-B. überein. Gegen diese Bestimmung erhob Wyss, Bemerkungen S. 38, Einwendung: „Immerhin, sagt er, erscheint die rechtliche Folge, welche an die Unterlassung dieser Nachricht geknüpft wird, wohl als zu weit gehend. Unterlassung der Nachricht wird schlechthin mit Verlängerung der Gebundenheit des Antragstellers bestraft; das Gesetz präsumirt den (im Falle Schweigens oft, aber gar nicht immer vorhandenen) Willen, den Antrag länger aufrecht zu erhalten, schlechthin und unumstösslich. Dies lässt sich mit dem angeführten Grundgedanken der Gebundenheit des Antragstellers nicht mehr vereinbaren; es geschieht seinem Willen ein willkürlicher Zwang. Würde an die Verletzung seiner Benachrichtigungspflicht im Falle, da er nach Ablauf der Frist von Art. 55 Satz 1 seinen Willen ändert, blosser Haftbarkeit für den Schaden geknüpft, welcher dem Oblaten allfällig entsteht, so wäre den berechtigten Interessen des letztern hinlänglich Rechnung getragen, ganz besonders ausserhalb des Handelsverkehrs.“

Er schlug daher für Art. 55 Satz 2 folgende Veränderung vor:

Trifft ein, so ist der Antragsteller bei Vermeidung von Schadenersatz verpflichtet, in der Zwischenzeit . . . Nachricht zu geben. Dasselbe gilt im Falle des Art. 53 unter Abwesenden.

Der Vertrag, gilt somit als nicht abgeschlossen, allein dem Oblaten, welcher rechtzeitig eine Anzeige gemacht hat, die ohne seine Schuld verspätet anlangte, soll sofort Nachricht gegeben werden, damit er nicht im Glauben bleibe, der Vertrag sei abgeschlossen. Er soll von seinem Misserfolge Kenntniss erhalten und der Offerent nicht berechtigt sein, die verspätete Acceptation einfach unberücksichtigt zu lassen.

Für Art. 55 Abs. 2 wurde der Antrag von Wyss berück-

sichtigt, nicht aber für Art. 53, nun Art. 3. In Folge dessen erhielt letzterer in dem Entwurfe von 1879 folgende Fassung:

„Wer einem Andern den Antrag zum Abschlusse eines Vertrages gestellt und eine Frist zur Annahme gesetzt hat, ist bis zum Ablaufe dieser Frist an den Antrag gebunden. Er wird wieder frei, wenn der Andere ihm die Annahme nicht vor Ablauf dieser Frist zur Kenntniss bringt.

Jedoch ist unter Abwesenden, wenn die rechtzeitig abgesendete Annahme erst nach Ablauf jener Zeit bei dem Antragsteller eintrifft, dieser bei Vermeidung von Schadenersatz verpflichtet, ohne Verzug von seinem Rücktritte Kenntniss zu geben.“

In der definitiven Redaction erhielt nun dieser Artikel die Nummer 5 und folgende Redaction:

„Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt, so bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkte gebunden, in welchem er den Eingang der Antwort bei ordnungsmässiger, rechtzeitiger Absendung derselben erwarten darf. Bei der Berechnung dieses Zeitpunktes kann der Antragsteller von der Voraussetzung ausgehen, dass sein Antrag rechtzeitig angekommen sei.

Trifft die rechtzeitig abgesendete Annahmserklärung erst nach jenem Zeitpunkte bei dem Antragsteller ein, so ist dieser, wenn er nicht gebunden sein will, verpflichtet, bei Vermeidung von Schadenersatz ohne Verzug hievon Anzeige zu machen.“

Die unterstrichene Einschaltung wurde bei der allgemeinen Berathung beantragt und leider angenommen.

Daraus ergeben sich nun folgende Rechtsgrundsätze.

Der Absender eines Antrages wird nicht schon durch die Absendung gebunden, sondern erst vom Augenblick an, wo der Antrag dem Adressaten zugekommen, in seinem Bureau abgegeben worden ist. Derselbe kann somit telegraphisch widerrufen werden, und wenn das Telegramm vor dem Briefe anlangt, so ist der Antrag gültig und wirksam widerrufen und der Adressant nicht mehr an denselben gebunden. Ist dagegen der Antrag dem Adressaten zugekommen, so ist der Adressant ge-

bunden und ein nachträglicher Widerruf braucht vom Adressaten nicht berücksichtigt zu werden, wenn er den Antrag binnen der gestellten Frist oder sofort annehmen will. Der Wille des Offerenten und derjenige des Oblaten sind zusammengetroffen und zum Abschluss des Vertrages fehlt nur noch die rechtzeitige Uebermittlung und Ankunft der Annahmserklärung. Die letztere ist jedoch für den Acceptanten nicht schon dann bindend, wenn er sie der Post übergeben hat, sondern erst dann, wenn sie dem Offerenten zugekommen ist. Auch er kann somit telegraphisch widerrufen, und gelangt der Widerruf vor der Annahmserklärung an seine Adresse, so ist kein Vertrag zu Stande gekommen. Wir werden auf diese Frage zurückkommen. Insoferne die Annahmserklärung dem Offerenten rechtzeitig zukommt, lässt unser Gesetz keinen Zweifel darüber aufkommen, ob der Vertrag abgeschlossen sei oder nicht; es huldigt weder der Aeusserungstheorie, noch der Vernehmungstheorie, sondern der Empfangstheorie. Die blosse Uebergabe an die Post genügt nicht, anderseits ist aber auch die Kenntnissnahme des Offerenten nicht erforderlich, sondern es genügt, dass die Annahmserklärung bei ihm und zu seinen Händen abgegeben worden ist. Wenn und ob er davon Kenntniss nehmen will, ist seine Sache und berührt den Acceptanten nicht. Schwieriger wird die Frage dann, wenn die annehmende Antwort zwar rechtzeitig von dem Oblaten abgesandt worden ist, allein aus irgend einem Grunde, jedoch ohne seine Schuld, verspätet wird, und erst nach Ablauf der Frist anlangt. Die Telegraphenverbindung ist z. B. unterbrochen wesshalb eine viel längere Linie benutzt werden muss; oder der Eisenbahn-, Post- oder Dampfschiffbetrieb ist aus irgend einem Grunde gestört oder gänzlich eingestellt. Die Voraussetzung, unter welcher der Offerent seinen Antrag gestellt und seine Bereitwilligkeit, einen Vertrag abzuschliessen, erklärt hat, ist in diesem Falle nicht eingetroffen, die Zusage nicht rechtzeitig erfolgt. Er ist daher nicht länger gebunden und kann ohne weiteres über die angebotene Waare verfügen. Da jedoch der Oblat seine Zusage rechtzeitig abgesandt hat und auch annehmen durfte, dieselbe sei ordnungs-

gemäss rechtzeitig angelangt, so erfordert die *bona fides*, dass er nicht im Ungewissen gelassen, sondern sofort davon in Kenntniss gesetzt werde, dass der Vertrag nicht zu Stande gekommen sei. Wird diese Mittheilung nicht gemacht und in Folge dessen der Acceptant in dem irrigen Glauben bestärkt, der Vertrag sei abgeschlossen, so soll ihm der Offerent den Schaden ersetzen, wenn ihm ein solcher daraus entstanden ist. Nach dem früheren Entwurfe von 1877 war eine andere Auffassung zum Ausdruck gelangt. Sofern der Antragsteller nicht ohne Verzug nach dem Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritte Nachricht gegeben hatte, wurde angenommen, er habe die Frist erstreckt und es sei daher die Annahme noch rechtzeitig angelangt. Sein Schweigen verpflichtete ihn daher, den Vertrag zu halten, während es ihn nach der jetzigen Fassung zum Schadenersatz verpflichtet.

Allein der Gesetzgeber hat sich nicht einfach für die eine oder andere der beiden Alternativen entschieden, sondern Mittel und Wege gefunden eine ganz unnöthige Complication beizufügen. Das Gesetz verpflichtet nämlich den Offerenten nur dann zu einer Mittheilung, „wenn er nicht gebunden sein will“, ergo sollte aus dem Unterlassen einer Mittheilung der Schluss gezogen werden dürfen, „er wolle gebunden sein“. Allein das Gesetz lässt diesen einzig richtigen Schluss nicht zu, sondern knüpft auch in diesem Fall an die Unterlassung der Mittheilung nur die Verpflichtung zum Ersatze des wirklich entstandenen Schadens. Er sagt somit mit andern Worten: wenn der Offerent nicht gebunden sein will, so muss er eine Anzeige machen; macht er sie nicht, so ist er doch nicht gebunden, sondern hat nur allfälligen Schaden zu vergüten. Wenn er daher die Anzeige unterlässt, so kann der Grund entweder darin liegen, dass er gebunden bleiben will, oder darin, dass er aus Nachlässigkeit dieselbe unterlassen hat. Er selbst kann seine Unterlassung in einem oder andern Sinne interpretieren, je nachdem sein Interesse es erfordert. Der Acceptant kann nicht wissen, aus welchem Grunde die Anzeige unterblieben ist, somit auch nicht, ob der Vertrag abgeschlossen und er aus demselben berechtigt oder ver-

pflichtet sei oder nicht. Der Gesetzgeber hat daher durch Annahme eines ganz unmotivirten und durch nichts gerechtfertigten Zusatzes den gutgläubigen Acceptanten der Speculationslust des Offerenten Preis gegeben. Dabei fallen die Bestimmungen über den Uebergang der Gefahr noch besonders in's Gewicht. Nutzen und Gefahr der Sache gehen mit dem Abschlusse des Veräusserungsvertrages auf den Erwerber über; wird der Vertrag unter Abwesenden abgeschlossen, so wird als dieser Zeitpunkt derjenige angenommen, in welchem die Annahmserklärung zur Absendung abgegeben worden ist. Es wird somit die Gefahr für die ganze Zwischenzeit auf den Acceptanten übergewälzt, und er muss den Schaden tragen, welcher nach Eintreffen der verspäteten Annahmserklärung eingetreten ist. Gegenstand der Offerte ist z. B. ein Quantum Getreide. Ist der Preis im Augenblick des Eintreffens der Annahmserklärung gesunken, so wird der Offerent den Vertrag halten, ist er gestiegen, so wird er nicht mehr gebunden sein wollen; ist die Waare unmittelbar nach eingelangter Annahmserklärung zu Grunde gegangen, so kann er beim Vertrag bleiben und den Schaden ruhig auf den Acceptanten abladen. Ob der Gesetzgeber diess oder etwas anders gewollt hat, ist nicht ersichtlich, jedenfalls aber erlaubt der Wortlaut des Gesetzes eine andere Auslegung nicht. Auch Schneider, dessen Anmerkung zu Art. 3 bei Art. 5 stehen sollte, nimmt an, dass die Folge des Stillschweigens unter allen Umständen nur die Verpflichtung zum Schadenersatz sein könne. Im übrigen aber nimmt er an diesem Resultat so wenig Anstoss als Vogt und Haberstich. Wir halten dagegen den Abs. 2 des Art. 5 nicht nur vom rechtlichen Standpunkt nicht für gerechtfertigt, sondern auch von demjenigen der Logik für verfehlt.

Entweder verpflichtet man den Offerenten nur dann zu einer Anzeige, wenn er nicht gebunden sein will, dann muss der Vertrag als abgeschlossen gelten, wenn die Anzeige unterbleibt, und von einer Verpflichtung zum Schadenersatz kann keine Rede sein; oder durch die unverschuldete Verspätung der Anzeige ist die Vertragsofferte hinfällig geworden und

der Vertrag ist nicht zu Stande gekommen, dem Oblaten aber soll daraus kein Schaden erwachsen. Ob der Offerent beim Vertrage bleiben will oder nicht, ist hier ganz gleichgültig, denn auch für ihn sind die Voraussetzungen des Vertragsabschlusses dahin gefallen, wenn die Annahme binnen einer bestimmten Frist ihm zukommen sollte, und nicht zugekommen ist. Von einer Verpflichtung zum Schadenersatz kann daher nur wegen Nichtanzeige die Rede sein, nicht aber wegen Rücktritts vom Vertrag.

Sehen wir uns nun einen Augenblick in den neueren Gesetzgebungen um.

Nach dem D. H.-G. Art. 319 bleibt der Antragende, welcher vor Ablauf des Zeitpunktes, in welchem er bei ordnungsmässiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten durfte, nicht zurückgetreten ist, an den Vertrag gebunden, wenn er nicht ohne Verzug nach dem verspäteten Eintreffen der Annahme von seinem Rücktritt Nachricht gegeben hat. Der Vertrag besteht daher unter der Bedingung, dass der Rücktritt nicht angezeigt worden ist.

Nach Pr. L.-R. I. 5. 105 ist der Offerent nicht mehr an den Vertrag gebunden, wenn die Annahme zu spät eintrifft, allein er wird zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er nicht sofort von seinem Rücktritt Anzeige macht und es sich erzeigt, dass die Annahmserklärung rechtzeitig abgesandt worden ist. Dernburg P. L.-R. I. 221.

Auch nach sächsischem Recht § 816 verliert das Anerbieten seine Verbindlichkeit, wenn es nicht binnen der Frist angenommen worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Absendung der Annahmserklärung rechtzeitig erfolgt sei oder nicht.

Dieser Bestimmung hat offenbar diejenige des zürcherischen Gesetzbuches zum Vorbild gedient. Dasselbe lässt die einseitige Behaftung des Antragstellers ebenfalls erlöschen, wenn die Annahmserklärung nicht rechtzeitig, somit binnen der Frist, wenn eine solche gegeben worden ist, dem Offerenten zugekommen ist. § 908.

Nach allen diesen Gesetzgebungen ist der Vertrag nicht

zu Stande gekommen, wenn die Annahmserklärung nicht rechtzeitig dem Offerenten zugekommen ist, und nach dem D. H.-G.-Buch wenn nicht sofort nach Empfang der verspäteten Annahmserklärung der Rücktritt angezeigt worden ist. Eine Bestimmung aber wie die zusätzliche in Art. 5 O.-R. findet sich nirgends.

Keine definitive und allgemein als richtig anerkannte Lösung der Frage, wann unter Abwesenden ein Vertrag zu Stande gekommen sei, bietet die englische Jurisprudenz.

Die gegenwärtige Gerichtspraxis nimmt an, diess sei dann der Fall, wenn der Oblat Alles gethan habe, was in seiner Macht lag, um seine Annahmserklärung dem Offerenten zur Kenntniss zu bringen, oder mit andern Worten, der Vertrag werde perfect durch Absendung der Annahmserklärung, durch Abgabe derselben auf der Post. Es ist somit die Aeussierungstheorie, welche in den englischen Gerichtshöfen zur Anwendung kommt. In Folge dessen kann eine durch die Post abgesendete Annahmserklärung nicht mehr zurückgenommen werden und gilt der Vertrag als abgeschlossen in dem Augenblick, wo die beiden Willenserklärungen zusammentrafen, gleichgültig, ob die Annahmserklärung dem Offerenten rechtzeitig oder verspätet oder gar nicht zugekommen ist.

Dieser Grundsatz wurde zuerst gerichtlich anerkannt in Sachen Adams v. Lindsell. In einem vom 2. Sept. 1817 datirten Briefe offerirte der Beklagte dem Kläger eine Partie Wolle. Da der Brief von der Post unrichtig spedirt wurde, so gelangte er erst am 5. Sept. in die Hände des Oblaten, welcher sofort die Annahme erklärte. Inzwischen hatte jedoch der Beklagte die Wolle verkauft und machte nun geltend, es könne kein Vertrag perfect werden, bevor dem Offerenten die Annahmserklärung zugekommen sei. Das Gericht theilte jedoch diese Ansicht nicht, aus dem Grunde: If that were so no contract could ever be completed by the post. For if the defendants were not bound by their offer, when accepted by the plaintiffs, till the answer was received, then the plaintiffs ought not to be bound till after they had received the notification that the defendants had received their answer and

consented to it. And so it might go on ad infinitum. The defendants must be considered in law as making, during every instant of the time their letter was travelling the same identical offer to the plaintiffs; and then the contract is concluded by the acceptance of it by the latter. Wharton, Law of Contracts I. S. 39 Note.

In einem spätern Fall *Dunlop v. Higgins* sprach sich Lord Cottenham in gleicher Weise aus: That the posting of a letter of acceptance concluded the contract whatever might afterwards befall the letter.

Anson, Law of Contracts 3. ed. S. 23.

In gleichem Sinne wurde entschieden in *Harris Case*. Indessen fehlte es doch auch nicht an abweichenden Ansichten, und namentlich hatten Lord Romilly und die Court of Exchequer angenommen, ein Vertrag sei nicht zu Stande gekommen, wenn die Annahmserklärung nicht in die Hände des Offerenten gelangt sei. Campbell, Sale of Goods S. 138.

Allein diese Auffassung muss gegenwärtig als „overruled“ gelten. In dem Falle *Brogden v. Metropolitan Railway Co.* fasste Thesiger das geltende Recht folgendermassen zusammen: The acceptor in posting the letter, has, to use the language of Lord Blackburn put it out of his control and done an extraneous act which clenches the matter and shows beyond all doubt that each side is bound. How then can a casualty in the post, whether resulting in delay, which in commercial transactions is often as bad as no delivery, or in non-delivery, unbind the parties or unmake the contract?

Anson l. c. S. 24. Campbell l. c. S. 138.

Definitiv und für die unteren Gerichte in bindender Weise wurde die Streitfrage entschieden in *Sachen Household Fire Ins. Co. v. Grant* und Thesiger begründete den zur Anwendung gebrachten Grundsatz wie folgt: As soon as the letter of acceptance is delivered to the post office the contract is as complete and final and absolutely binding as if the acceptor had put his letter into the hands of a messenger sent by the offerer himself as his agent to deliver the offer and receive the acceptance.

Lawson, Leading, Cases, Simplified (Com. Law.) S. 14 ff.

Da diese Entscheidung von einem Appellhof ausgefällt wurde in Uebereinstimmung mit einem früheren Entscheide des Oberhauses, so ist sie nun so lange bindend, als nicht Gerichte gleich hohen oder höhern Ranges andere Grundsätze zur Anerkennung bringen.

Decisions of Sir George Jessel S. 229.

Indermauer, Principles of the Com. Law S. 32.

Wenn der Vertrag dadurch perfect wird, dass der Acceptant seine Erklärung der Post übergibt, so geht der englische Richter von der Voraussetzung aus, derselbe sei auf irgend eine Weise direkt oder indirekt bevollmächtigt gewesen, sich dieses Verkehrsmittels zu bedienen, und es sei daher die Post der Stellvertreter desjenigen, an welchen die Antwort gerichtet ist. Deshalb sei es nun auch gleichgültig, ob die Annahmeerklärung rechtzeitig oder verspätet oder vielleicht gar nicht anlange. Die daherige Gefahr trage ausschliesslich und in vollstem Umfange der Empfänger. Würde dagegen eine andere Art der Mittheilung vorgeschrieben worden sein, als die von dem Acceptanten benutzte, z. B. durch einen Boten, so würde die Post nicht als Stellvertreter des Adressaten behandelt werden dürfen. Auch dieser Grundsatz wurde in dem bereits erwähnten Prozesse Household Fire Ins. v. Grant entschieden. Pollock l. c. S. 35.

In Amerika gilt der nemliche Grundsatz. Muss angenommen werden, die Antwort habe durch die Post oder den Telegraphen übermittelt werden sollen oder dürfen, was immer dann der Fall ist, wenn dieselben die üblichen Communicationsmittel sind, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Brief der Post oder das Telegramm dem Telegraphenbeamten übergeben worden ist, auch wenn dieselben nicht an die Adresse gelangen.

Allen, Telegraph Cases S. 330.

Wharton, Law of Contracts I. S. 18, 19, 27.

Holmes, Common Law S. 306 ff.

In dem Entwurf eines Civilgesetzbuches für den Staat New-York wird diese Ansicht in § 768 ausdrücklich sanctionirt.

Consent is deemed to be fully communicated between the parties as soon as the party accepting a proposal has put his acceptance in the course of transmission to the proposer in conformity to the last section.

In der Anmerkung wird ausdrücklich hervorgehoben: This section is intended to recognize the rule that consent is complete as soon as a letter of acceptance is put into the post-office.

Selbst nach Japan wird diese Theorie versetzt. Der neue von Boissonade ausgearbeitete *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon* (Tokio XV année de Meiji) enthält nämlich folgende Bestimmung:

Le consentement peut être donné postérieurement à une offre ou proposition, pourvu que celle-ci n'ait pas été rétractée auparavant. Réciproquement, l'offre peut être rétractée tant que le consentement n'a pas été donné.

Dans l'un et l'autre cas, on ne doit considérer que les dates comparatives de l'acceptation et de la rétractation, indépendamment de la connaissance respective qu'en ont eue les parties.

Hiezu bemerkt der Redactor in seinem Commentar:

Quand l'offre est acceptée, elle ne peut plus être retirée, parce que le contrat est formé. Quelques auteurs soutiennent cependant que l'offre peut être retirée tant que celui qui l'a faite n'a pas été informé de l'acceptation et réciproquement. Suivant eux, l'acceptation pourrait être faite tant que le retrait de l'offre ne serait pas parvenu à la connaissance de l'accepteur, de même que l'acceptation envoyée pourrait être rétractée tant qu'elle ne serait pas parvenue à celui à qui elle est adressée. Dans ce système, on admet que l'acceptation envoyée par lettre pourrait être rétractée par un telegramme arrivé plus tôt. Mais cette opinion doit être rejetée; autrement, on serait entraîné à dire qu'il ne suffit pas que la réponse à l'offre fut parvenue, mais qu'il faudrait encore que celui qui a adressé la réponse sût qu'elle est parvenue en temps utile, et on ne voit pas où l'on s'arrêterait dans cette série de missives réciproques.

Le seul cas où une dépêche rapide pourrait utilement devancer une lettre déjà partie est celui où une offre envoyée par lettre serait rétractée par une dépêche télégraphique: dans ce cas, le destinataire de l'offre recevant la rétractation de celle-ci avant l'offre elle-même ne pourrait plus l'accepter; car il serait averti d'avance que l'offre qu'il recevra n'existe plus. l. c. pg. 69 ff.

Diese Ansicht ist denn auch die herrschende in Amerika, wenn gleich nicht eine unbestrittene; namentlich in Massachusetts wurde in Sachen *Mr. Cullock v. Ins. Comp.* angenommen, eine durch die Post vermittelte briefliche Annahme sei für den Offerenten erst dann verbindlich, wenn sie ihm zugekommen sei, und auch anderswo wird an dieser Auffassung festgehalten.

Da nach englischem Recht der Abschluss eines Vertrages durch die Abgabe der Antwort zur Post zur Vollen- dung kommt, selbst wenn dieselbe den Adressaten nie erreicht, wie in *Household Fire Ins. Co. v. Grant*, oder viel zu spät wie in *Adams v. Lindsell*, so kann an dieser Thatsache des Vertragsabschlusses ein nachträglicher Widerruf der Annahme nichts ändern. Der Offerent kann dagegen seinen Antrag jederzeit zurücknehmen, selbst wenn er dem Oblaten eine bestimmte Frist zur Annahme gewährt hat. *Pollock l. c. S. 23. Benjamin On Sale 51—55. Wharton I. S. 31 ff.* Eine Ausnahme muss dann gemacht werden, wenn die Fristbestimmung entweder ausdrücklich angenommen oder für dieselbe eine Vergütung geleistet worden ist, somit das Versprechen sich auf eine Consideration gründet. Das schweiz. O.-R., sowie die neueren Gesetzgebungen gehen dagegen von anderen Grundsätzen aus und anerkennen die Verbindlichkeit einer unter Fristbestimmung gemachten Offerte, so wie einer auch ohne solche gemachten bis zum Augenblick, wo die Antwort einlangen konnte. Der Grundsatz, dass eine abgesendete oder auch nur der Post zur Versendung abgegebene Annahmserklärung unwiderruflich sei und somit durch Telegramm nicht wirkungslos gemacht werden könne, wird im englischen Recht erst seit der Entscheidung *Byrne v. Van Tienhoven 1880* und

sodann Stevenson v. Mac Lean anerkannt. Alle Schriftsteller anerkennen die Thatsache, allein sie sind nicht allgemein mit derselben einverstanden. Gebilligt wird sie von Anson und Campbell. Letzterer spricht sich darüber folgendermassen aus:

When a letter of acceptance is put in the post, is it absolutely irrevocable, in this sense, that a letter or telegraph sent afterwards, and arriving at the same time or sooner, cannot recall it? On principle, I should say that the acceptance cannot be so recalled. The letter of acceptance, as soon as posted, becomes the property of the addressee. The subsequent letter or telegram can only say that the sender has changed his mind. It may amount to an offer to rescind the contract but I see no reason or principle on which it can by its own force rescind the contract. l. c. S. 188.

Trotzdem können wir die Entscheidung nicht als eine unumstössliche betrachten. Sie ist eine Folge der englischen Urtheilsfindung gestützt auf Präcedentien, von welchen ohne Noth nicht abgegangen werden darf, auch wenn der urtheilende Richter einer abweichenden Ansicht huldigt. Dass aber eine andere Auffassung Aussicht hat durchzudringen, scheint sich mir aus folgenden Momenten zu ergeben.

Die von dem engl. Parlamente angenommene Indian Contract Act, stellt folgende Regel auf:

The communication of an acceptance is complete as against the proposer, when it is put in course of transmission to him so as to be out of the power of the acceptor; as against the acceptor, when it comes to the knowledge of the proposer.

Demgemäss kann der Oblat seine Annahmserklärung widerrufen und es ist dieselbe als nicht geschehen zu betrachten, wenn der Widerruf vor ihr beim Offerenten eintrifft. Allein wenn der Brief, welcher die Annahme enthält, nicht zur Kenntniss des Offerenten gelangt, verloren geht, oder an die unrichtige Adresse abgegeben wird, so bleibt der Offerent gebunden, weil die Annahmserklärung der Post übergeben worden ist, der Oblat dagegen ist frei, weil sie dem Offerenten nicht zugekommen ist. Das Resultat

tat ist kein befriedigendes und Anson bemerkt daher mit Recht: The rule is a somewhat clumsy contrivance for securing a power of revocation to the acceptor without much regard to general principle, or even the general convenience. l. c. S. 24.

Von den Richtern haben sich namentlich der frühere Lord Chief Justice, jetzige Lord Bramwell, sehr entschieden dagegen ausgesprochen, dass ein Vertrag zu Stande kommen könne, obgleich die Revocation der Annahme dem Offerenten vor der Annahme selbst zugekommen ist. Ebenso entschieden spricht sich Pollock — Law of Contracts S. 26 — und Essays on Jurisprudence and Ethics S. 73 für die Ansicht Lord Bramwell's aus. Noch jetzt sei es zweifelhaft, ob eine briefliche Annahme nicht durch telegraphische Depesche widerrufen werden könne, wenn das Telegramm vor dem Briefe anlange. In der Regel gelange man jedoch zu dem Schlusse, dass der Widerruf wirkungslos sei, obgleich derelbe sowohl dem gesunden Menschenverstand als auch den Verkehrsinteressen widerstrebe — repugnant as it seems to the common sense and convenience of mankind. Er führt die getadelte Entscheidung auch als Beweis dafür an, wohin es führe, wenn sich die Rechtsprechung ausschliesslich durch Präjudicien — case law — leiten lasse.

Addison nimmt vorsichtig an, wenn der Offerent den Oblaten ausdrücklich autorisire, seine Antwort brieflich per Post zu senden, so mache er dadurch die Post zu seinem Agenten für die Annahme, und wenn ihr daher dieselbe übergeben worden sei, so sei sie in den Besitz des Offerenten gelangt, und könne daher nicht widerrufen werden. Wenn jedoch eine solche Autorisation weder ausdrücklich noch stillschweigend ertheilt worden sei, so werde der Acceptant erst dann gebunden, wenn die Annahmserklärung in die Hände des Offerenten gelangt sei, und er könne daher bis zu diesem Zeitpunkt widerrufen. On Contracts 8. ed. S. 18.

Bei so abweichenden Ansichten von Juristen und Schriftstellern, welchen auf die Rechtsprechung ein bedeutender Einfluss zugestanden werden muss, kann die Entscheidung Household Fire Ins. Co. v. Grant nicht als eine für alle Zukunft massgebende angesehen werden.

In welchem Masse übrigens die Ansichten über die eine oder die andere der sich gegenüberstehenden Auffassungen auseinander gehen können, ergibt sich aus den Aeusserungen von Thöl und Pollock, welche beide die Grundsätze ihres eigenen Rechtes verurtheilen, und diejenigen des fremden empfehlen. Thöl bezeichnet die Statthaftigkeit eines Widerrufs nach abgesandter Annahmserklärung als „wider alle Ordnung“, weil jeder Antragsteller sich mit Recht über einen neuerfindenen Rechtssatz beschweren könne, welcher ihn der Speculation des anderen Theiles auf eine bisher unerhörte Weise Preis gebe. § 239. Er ertheilt daher dem Oblaten den Rath, immer sofort eine Annahmserklärung an den Antragsteller abzusenden und abzuwarten, „wie die Umstände sich während der Zeit, binnen welcher der Antragsteller gebunden ist, gestalten werden“. L. c. N^o 23. Pollock dagegen bezeichnet die Ansicht, als habe eine Annahme der Offerte stattgefunden, auch wenn dieselbe durch Telegramm widerrufen worden sei, ja selbst wenn der Brief gar nicht an seine Adresse gelangt sei und der Offerent einzig durch die Revocation Kenntniss von der früheren Annahme erhalten habe, als dem gesunden Menschenverstand und den Verkehrsinteressen zuwiderlaufend und fügt bei: It is hard to believe that any Court would decide this: in Scotland indeed, it has been decided the other way. Essays S. 75. Law of Contracts S. 34. Er gibt daher dem Offerenten den Rath, sein Angebot stets von der Bedingung abhängig zu machen, dass ihm die Annahme binnen einer bestimmten Frist zukomme, l. c. S. 36. In gleichem Sinne hatte auch in dem mehrerwähnten Falle Household Fire Ins. Co. v. Grant der Oberrichter Thesiger erklärt, einem Offerenten stehe es frei, den Vertrag davon abhängig zu machen, dass ihm die Annahmserklärung persönlich zukomme. Lawson, Leading Cases Simplified (common Law) S. 15 ff.

Es gibt Fälle, in welchen verschiedene Entscheidungen möglich sind, und wobei es weit weniger darauf ankommt, wie eine Streitfrage entschieden werde, als darauf, dass dieselbe aufhöre, eine solche zu sein, und die Parteien genau wissen, woran sie sind. Dahin gehört namentlich die Frage,

in welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag als abgeschlossen zu betrachten sei. Je nachdem man annimmt, der Vertrag werde perfect durch Absendung der Annahmserklärung oder erst durch Ankunft derselben bei dem Empfänger binnen einer bestimmten Zeit, können die Parteien sich einrichten. Auch bei einer verspäteten Ankunft der Antwort weiss jede Partei genau woran sie ist, wenn das Gesetz an das Schweigen des Offerenten die Folge knüpft, dass der Vertrag als abgeschlossen gelte, und er denselben gegen sich gelten lassen müsse, wenn er die Annahme nicht sofort, als zu spät eingelangt, ablehne; oder wenn der Gesetzgeber vorschreibt, es sei der Vertrag nicht zu Stande gekommen, den Offerenten jedoch zu sofortiger Anzeige unter Folge des Schadensersatzes verpflichtet. Unser Gesetz dagegen lässt den Acceptanten vollkommen im Ungewissen und überlässt es dem Offerenten, wie er sein Schweigen auslegen wolle, ob als Genehmigung oder als Ablehnung, denn er kann nur zum Schadenersatz, aber nicht zur Erfüllung des Vertrages angehalten werden. Diese Lösung aber kann nicht als eine befriedigende angesehen werden.

(Fortsetzung folgt.)
