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: 15 (1896)

Artikel: Über die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht

Autor: Tuhr, A. v.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896648

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: 22.08.2025

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

Ueber die Mängel des Vertragsabschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht.

Von Prof. Dr. A. v. Tuhr in Basel.

§ 1. Erfordernisse und Mängel des Vertragsabschlusses.

Das O. R. Art. 18—28 bezeichnet Irrtum, Zwang und Betrug als „Mängel des Vertragsschlusses“ und bestimmt, dass der Vertrag für den Irrenden, Betrogenen oder Gezwungenen unverbindlich ist (Art. 18, 23, 26). Dagegen ist der Mitkontrahent gebunden, und auch für den Irrenden etc. kann der Vertrag durch Genehmigung (Art. 28) verbindlich werden. Wir haben es also nach O. R. trotz des Vorliegens von Irrtum, Betrug oder Zwang mit einem Vertrage, wenn auch mit einem mangelhaften, zu thun, sofern die unentbehrlichen Erfordernisse des Vertrages vorliegen. Diese Erfordernisse sind aus Art. 1 zu entnehmen:

„Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.“

Wenn die im Art. 1 aufgestellten Voraussetzungen fehlen, so ist ein Vertrag überhaupt nicht zu stande gekommen; dann braucht die Frage, ob etwa sogen. Willensmängel vorliegen, gar nicht aufgeworfen zu werden. Was versteht nun das Gesetz unter der zum Abschluss des Vertrages nötigen „übereinstimmenden Willensäusserung?“

Seit Savigny wird in der gemeinrechtlichen Wissenschaft über die Bedeutung des Willens bei Abschluss von Rechtsgeschäften resp. Verträgen gestritten. Es stehen sich zwei Ansichten gegenüber:[1])

[1]) Vergl. Windscheid, Pandekten § 75, Dernburg, Pandekten Bd. I § 99, Regelsberger, Pandekten § 140.

a) Die „Willenstheorie“ erklärt das Rechtsgeschäft für eine Wirkung des Parteiwillens. Allerdings muss der Wille um rechtlich in Betracht zu kommen, geäussert sein; aber wie ein Wille ohne Erklärung keine Wirkungen hat, so muss auch eine Erklärung, welche den Willen nicht oder nicht richtig wiedergiebt, wirkungslos bleiben (qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur, fr. 3 D de reb. dub. 34, 5). Demgemäss wird beim Vertragschlusse gefordert, dass der Wille der Parteien übereinstimme (wir wollen dies Erfordernis als inneren Konsens bezeichnen) und dass diese Uebereinstimmung nach aussen erkennbar hervorgetreten sei (äusserer Konsens).

b) Die „Erklärungstheorie“ legt den Nachdruck auf die Erklärung. Entscheidend für das Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes ist nicht der wirkliche Wille dessen, von dem die Willensäusserung ausgeht, sondern dasjenige, was dem Empfänger der Erklärung als sein wirklicher Wille in berechtigter Weise erscheint. Es kommt nicht darauf an, was der Erklärende hat sagen wollen, sondern darauf, was er gesagt hat, d. h. auf den objektiven Sinn seiner Erklärung. Demgemäss ist ein Vertrag geschlossen, wenn zwei Willensäusserungen vorliegen, welche in ihrem erkennbaren Sinne übereinstimmen. Der äussere Konsens genügt zum Zustandekommen eines Vertrages.

Keine der beiden Theorien kann in voller Konsequenz durchgeführt werden: Die Willenstheorie muss mit Rücksicht auf die bona fides und die Sicherheit des Verkehrs Ausnahmen zulassen, in welchen die Erklärung Wirkungen hervorbringt, welche durch den Willen des Erklärenden nicht gedeckt sind. Andrerseits darf die Erklärungstheorie den von der Erklärung abweichenden Willen der Partei nicht unberücksichtigt lassen, wenn darin eine zu grosse Härte gegen den Erklärenden liegt.[1]) Das wird heute allgemein zugegeben; man streitet nur darüber, welche der beiden

---

[1]) Vergl. Bekker, Pandekten Bd. II, S. 62.

Theorien sich als Ausgangspunkt für Gesetzgebung und wissenschaftliche Betrachtung besser eignet, und wie die notwendigen Einschränkungen der zu adoptierenden Theorie angemessen abzugrenzen sind. Der deutsche Entwurf erster Lesung hatte sich in § 77, wohl unter Windscheids Einfluss, auf den Standpunkt der Willenstheorie gestellt:[1]) dieser Paragraph ist aber in der zweiten Lesung und in der Reichstagsvorlage gestrichen worden; das Gesetz will zu den beiden in Betracht kommenden Theorien keine Stellung nehmen, sondern begnügt sich damit, die wichtigsten Fälle, in denen eine Divergenz zwischen Willen und Erklärung vorkommen kann, positiv zu regeln.

Fragt man sich nun, welche der beiden Theorien dem O. R. zu Grunde liegt, oder richtiger gesagt, zur Auslegung des Gesetzes dienlicher ist, so glaube ich der Erklärungstheorie den Vorzug geben zu müssen.

Dafür spricht schon der Wortlaut des Art. 1. Das Gesetz verlangt „übereinstimmende Willensäusserung," während sich der deutsche Entwurf erster Lesung in § 77 mit den Worten „Erklärung des übereinstimmenden Willens" zur Willenstheorie bekennt. Jedoch kann bei so feinen Unterscheidungen die grammatische Interpretation des O. R. nicht ausschlaggebend sein. Das zeigt sich zur Evidenz, sobald man die beiden anderen Texte zum Vergleiche heranzieht. Der französische Text: „il n'y a contrat que si les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque" lässt sich wie der deutsche, im Sinne der Erklärungstheorie auslegen. Dagegen ist im italienischen Text „il contratto non è perfetto se non quando i contraenti abbiano manifestato reciprocamente la loro volontà concorde" durch Umstellung der beiden Worte „concorde" und „reciprocamente" die entgegengesetzte Willenstheorie zu einem gewiss nicht beabsichtigten Ausdruck gekommen.

---

[1]) „Zur Schliessung eines Vertrages wird erfordert, dass die Vertragsschliessenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären." Dazu Motive Bd. I, S. 161: „Diese Vorschrift hat die Aufgabe, verschiedenen abweichenden Theorien entgegenzutreten."

Zu Gunsten der Erklärungstheorie kann man sich auf die Vorarbeiten zum O. R. berufen. Der Entwurf des Jahres 1876 enthält in Art. 30 die Bestimmung: „Wenn auch eine übereinstimmende Erklärung der Kontrahenten fehlt, so ist der Vertrag nichtig.“ Diese Bestimmung ist im Gesetz gestrichen worden, weil sie neben Art. 1 überflüssig zu sein schien.[1]) Damit ist erwiesen, dass die Verfasser des Gesetzes auf dem Boden der Erklärungstheorie standen, was allerdings für die Auslegung des Gesetzes nicht massgebend ist. Dass aber auch das Gesetz selbst dieser Theorie huldigt, ergiebt sich aus Folgendem:

Nach Art. 19, 1 und 4 soll Irrtum und daher mangelhafter Vertrag vorliegen, wenn der Wille des einen Kontrahenten auf ein anderes negotium oder eine andere Quantität gerichtet ist, als seine Erklärung (und als der Wille des Mitkontrahenten, der sich nur nach dieser Erklärung richten kann). Wir haben es hier zweifellos mit einem Mangel an innerem Konsens zu thun. Trotzdem ist der Vertrag nicht nichtig, sondern bloss mit Irrtum behaftet. Daraus folgt, dass Art. 1 die Uebereinstimmung des Willens nicht erfordert, sondern sich, wie auch der deutsche und französische Text ergeben, mit der Uebereinstimmung der Erklärungen begnügt.[2])

Dass das O. R. von der Willensäusserung ausgeht und erst in zweiter Linie die Willensmängel berücksichtigt, scheint mir das legislativ richtige Verfahren zu sein. Denn der Wille ist eine innere Thatsache, welche direkt weder erkannt noch bewiesen werden kann, während die Willensäusserung dem Mitkontrahenten und dem Richter greifbar entgegentritt. Der Mitkontrahent kann, wie ihm die Erklärung allein kund wird, so auch nur auf ihren Inhalt sich verlassen; müsste er jedesmal den inneren Willen des Erklärenden erforschen, so wäre ihm damit eine strenggenommen gar nicht

---

[1]) Vergl. Schulin in dieser Zeitschrift, N. F., Bd. IX, S. 81.

[2]) Für die Willenstheorie könnte man sich auf den Wortlaut von Art. 19, 2 berufen. Wir werden diesen Artikel weiter unten genauer besprechen.

zu lösende Aufgabe gestellt, die sich zudem noch meist als zwecklos herausstellen würde: denn in der grossen Mehrzahl der Fälle wird die Erklärung ihren Zweck erfüllen d. h. den innern Willen des Kontrahenten zum richtigen Ausdruck bringen.[1])

Der Vertrag ist also geschlossen, wenn zwei übereinstimmende Willensäusserungen ausgetauscht sind. Nun kann es aber vorkommen, dass die Willenserklärung des einen oder des andern Kontrahenten unter so abnormen Verhältnissen zu stande gekommen ist, dass der Gesetzgeber davon absehen muss, die normalen Wirkungen des Vertrages eintreten zu lassen. Die möglicherweise in Betracht kommenden Willensmängel können in folgender Weise angeordnet werden:

1. Die eine (oder beide) Willensäusserungen entsprechen dem Willen der Partei nicht: falsche Erklärung. Diese Divergenz von Willen und Aeusserung kann sein:

a) eine bewusste; dies ist der Fall der sogen. Mentalreservation.

b) eine unbewusste: O (der Offerent) glaubt seinen Willen zu äussern, während er in der That dem A (dem Adressaten der Erklärung) etwas mitgeteilt hat, was seinem Willen nicht entspricht. Das kann wieder beruhen, entweder:

α) auf einem Fehler, den O begangen hat; er hat ein unrichtiges Mittel zur Aeusserung seines Willens gewählt, „er hat sich geirrt;“ man bezeichnet diesen Fall als „Irrtum in der Erklärung.“

β) oder die falsche Erklärung beruht auf einem Umstande, durch welchen der von O richtig geäusserte Wille auf dem Wege der Uebermittelung an A entstellt worden ist.

2. Der (richtig geäusserte) Wille kann in mangelhafter Weise zu stande gekommen sein. Der Mangel liegt in den Beweggründen, welche den O zu seinem Entschluss veranlasst haben. Im Prinzip kümmert sich die Rechtsordnung nicht

---

[1]) Von den Verfechtern der Willenstheorie verweise ich besonders auf Hartmann in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 20.

um die Motive der Kontrahenten, sie fragt nur darnach, was die Parteien gewollt haben, nicht warum sie es gewollt haben. Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit. So ist z. B. ein Kauf in gleicher Weise gültig, ob er nun zur Befriedigung eines Lebensbedürfnisses oder einer blossen Laune, ob er mit sorgfältiger Erwägung aller Umstände oder in leichtsinniger Uebereilung geschlossen ist. Nur wenn die Motive des Kontrahenten ganz abnormer Natur sind, wird dem Vertrage die volle Wirksamkeit versagt. Das geschieht in drei Fällen:

a) wenn der Kontrahent unter dem Einfluss eines widerrechtlichen Zwanges gehandelt hat,

b) wenn er das Opfer eines Betrugs geworden ist,

c) wenn er durch falsche Vorstellungen geleitet wurde, unter solchen Umständen, die es billig erscheinen lassen, ihn von den regelmässigen Folgen des Vertragsschlusses zu befreien. Auch hier spricht man von „Irrtum" und bezeichnet diesen Fall des Irrtums, im Unterschiede von dem unter 1, b, α angeführten, als „Irrtum im Motiv."[1])

Von den aufgezählten Willensmängeln ist der erste, die Mentalreservation, im O. R. mit Stillschweigen übergangen (daraus ist zweifellos zu folgern, dass es bei der Willenserklärung zu verbleiben hat); die falsche Erklärung ist im Gesetz berücksichtigt, soweit sie auf Irrtum beruht (Fall 1, b, α); der Fall der falschen Uebermittelung (1, b, β) ist vom Gesetze nicht geregelt, es liegt eine empfindliche, weiter unten zu besprechende Lücke im Gesetze vor. Von den Mängeln im Motiv ist Zwang, Betrug und im gewissen Umfange auch Irrtum anerkannt. Ich will zunächst die Fälle der Willensmängel betrachten, welche in der Sprache des Lebens und

---

[1]) Diese Unterscheidung ist bekanntlich zuerst von Savigny aufgestellt worden. Seine Terminologie ist freilich unglücklich gewählt. Er nennt den Irrtum in der Erklärung „unechten Irrtum," weil er, als Anhänger der Willenstheorie, annimmt, dass der Vertrag in diesem Falle nicht sowohl am Vorliegen eines Irrtums, als vielmehr am Fehlen des Willens scheitert. Der Irrtum im Motiv heisst bei Savigny „echter Irrtum," weil hier in der That der Irrtum die Ungültigkeit des Vertrages herbeiführt.

unseres Gesetzes mit dem zweideutigen Ausdruck Irrtum bezeichnet werden. Zuvor müssen aber noch die beiden unentbehrlichen Voraussetzungen des Vertragsschlusses: Willensäusserung und Uebereinstimmung, einer näheren Untersuchung unterworfen werden.

§ 2. Die Willensäusserung.

1. Das Privatrecht gestattet dem Rechtssubjekt seine Rechtsverhältnisse innerhalb gewisser Schranken nach seinem Willen zu gestalten. Aber das Recht kann den Willen nur dann und nur so berücksichtigen, wann und wie er erkennbar in die Aussenwelt getreten ist. Denn das Recht, als Ordnung der äusseren Lebensverhältnisse, hat es nur mit solchen Thatsachen zu thun, welche äusserlich wahrnehmbar sind. Daher sind die Rechtsfolgen eines Rechtsgeschäftes Wirkungen der Willensäusserung, und der Vertrag besteht, wie wir im § 1 dargelegt haben, in einem Austausch zweier übereinstimmender Willensäusserungen.

Als Willensäusserung fungieren, sofern das Gesetz keine bestimmte Form vorschreibt, Handlungen oder ein Verhalten der Partei, woraus man einen Schluss auf ihren Willen ziehen kann (facta concludentia). Das gilt von allen Arten der Willensäusserung, auch von den Aeusserungen, welche als unmittelbarer Ausdruck, als Verkörperung des Willens, erscheinen, wie z. B. das geschriebene Wort. Denn auch hier haben wir nur ein äusseres Faktum vor uns, aus welchem der Willensentschluss des Schreibenden erst erschlossen werden muss, was hier allerdings mit höchster Wahrscheinlichkeit geschehen kann.[1])

Allein es giebt Thatbestände, welche den Schein erwecken, als ob eine Willensäusserung des O vorliegt, während O in der That mit seinem Willen daran ganz unbeteiligt ist. So in folgenden Fällen:

a) Die Unterschrift des O ist nicht von ihm hergestellt, sondern von X nachgemacht. Oder: X spricht durch das Telephon und giebt sich dabei für den O aus.

[1]) Vgl. Leonhard, Irrtum bei nichtigen Rechtsgeschäften, S. 201 ff.

b) Die Körperbewegung, welche als Willensäusserung des O erscheint, ist in der That von ihm vorgenommen, aber ohne jede Mitwirkung seines Willens, z. B. die Unterschrift des O ist durch körperliche Ueberwindung desselben (vis absoluta) hergestellt, indem seine Hand von X geführt wurde. Hier liegt eine Handlung des X vor, bei welcher der Körper des O als Instrument diente. Oder: O handelt in einem Zustand der Bewusstlosigkeit.

Erweist es sich, dass etwas, was wie eine Willensäusserung des O aussah, in diesem Sinne nur der Schein einer Willensäusserung ist, so fehlt es an den Erfordernissen des Art. 1, und der Vertrag ist nicht geschlossen.

2. Ueberblicken wir nun die verschiedenen Thatsachen, welche einen Schluss auf den Willen des O ermöglichen, so finden wir eine wesentliche Verschiedenheit, welche auch vom O. R. im zweiten Satze des Art. 1 hervorgehoben wird:

„Die Willensäusserung kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein."

Worin ist das Unterscheidungsmerkmal zu suchen?[1]) Darüber ist man einig, dass „stillschweigende Willensäusserung" nicht Aeusserung durch Schweigen ist, dass vielmehr noch eine Reihe anderer Fälle unter diesen Begriff gerechnet werden. Im Uebrigen wird das Wort in zwei verschiedenen Bedeutungen gebraucht:

a) Manche Autoren[2]) verstehen unter ausdrücklicher Willensäusserung eine solche, bei welcher O nicht nur das, was er gesagt hat, wollte (Geschäftswille), sondern auch die Erklärung absichtlich abgab, d. h. mit dem Willen, hierdurch dem A seinen Geschäftswillen kundzuthun (Erklärungswille, im Gegensatz zu dem erklärten Geschäftswillen). Stillschweigende Willensäusserung liegt dagegen dann vor, wenn es am Erklärungswillen fehlt und der Geschäftswille aus einer Handlung des O geschlossen wird, welche dieser zu einem andern Zwecke vornahm.

---

[1]) Windscheid, § 72, Dernburg, Bd. I § 98, Regelsberger, § 138, Hartmann, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 72, S. 161 ff.

[2]) Bekker, Pandekten, Bd. II § 93 Beilage I.

b) Die andere, und meines Erachtens jedenfalls für das O. R. brauchbarere Theorie[1]) sucht den Unterschied nicht in der Absicht der Partei, sondern in der objektiven Beschaffenheit der Erklärung: ausdrücklich ist die Willensäusserung, wenn sie vermittelst einer Handlung erfolgt, welche nach Lebenssitte für diesen Zweck gebräuchlich ist oder zwischen den Parteien zu diesem Zwecke verabredet wurde; stillschweigende Willensäusserung ist dann vorhanden, wenn der Wille des O aus Thatsachen gefolgert wird, welche diesen Schluss nicht regelmässig, sondern nur unter Berücksichtigung der besondern Umstände des Falles zulassen.

Ein Beispiel soll den Unterschied beider Auffassungen erläutern: Ich schneide ein Buch auf, welches mir der Buchhändler zur Ansicht zugeschickt hat. Ist das ausdrückliche oder stillschweigende Willensäusserung? Nach der Ansicht zu a) würde ausdrückliche Willensäusserung nur dann vorliegen, wenn ich den „Erklärungswillen" hatte, d. h. wenn ich das Buch aufgeschnitten habe mit der Absicht oder wenigstens im Bewusstsein davon, dass ich damit meinen Willen, zu kaufen, kundthue. Nach der Theorie zu b) ist jedenfalls eine ausdrückliche Acceptation des mir angebotenen Buches erfolgt. Denn das Aufschneiden ist das übliche Mittel, einen darauf gerichteten Willen zu erklären.

An diesem Beispiel zeigt sich zugleich, warum diese Abgrenzung vom „ausdrücklich" und „stillschweigend" für die Auslegung des O. R. der andern vorzuziehen ist. Der Vertrag ist durch die äussere Thatsache der beiden Willensäusserungen geschlossen. Der Kontrahent darf sich an den objektiven Sinn der ihm zugekommenen Erklärung halten. Hat diese Erklärung den Willen dessen, von dem sie ausging, nicht richtig wiedergegeben, so kann diese Divergenz von Wille und Aeusserung nur in den vom Gesetz gezogenen Schranken geltend gemacht werden und, was nicht minder wichtig ist, bei Verschulden des Erklärenden nur gegen Ersatz des Schadens (Art. 23). Sollen wir nun, wenn A in

[1]) Windscheid a. a. O. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 261 ff.

Bezug auf das ihm zugesandte Buch sich im Irrtum befand (indem er es z. B. mit einem anderen Buch mit ähnlichem Titel verwechselte) einen Unterschied machen, je nachdem er das Buch durch eine eigens dazu vorgenommene Handlung (Mitteilung an den Buchhändler) acceptierte oder dadurch, dass er es aufschnitt oder einbinden liess? Meines Erachtens ist der Vertrag in beiden Fällen nur bei „wesentlichem Irrtum“ für ihn unverbindlich und in beiden Fällen muss er bei verschuldetem Irrtum den Schaden ersetzen.

Ganz anders verhält es sich bei stillschweigenden Willensäusserungen im Sinne der Ansicht zu b): Ich bekomme z. B. eine schriftliche Offerte und beantworte sie nicht. Aus meinem Schweigen ist meine Zustimmung nur bei Hinzutritt besonderer Umstände zu folgern. Wenn nun der Offerent das Vorliegen dieser Umstände glaubt annehmen zu dürfen und daher meine Acceptation für erfolgt ansieht, so thut er das auf eigene Gefahr. Wenn sich nachträglich herausstellt, dass mein Schweigen auf andern Gründen beruht, als der Offerent vermutete, so ist die scheinbare Konkludenz der Thatsachen zerstört und der Vertrag mangels meiner Zustimmung nicht zu stande gekommen. Nicht ich brauche Irrtum zu behaupten mit den Beschränkungen und der eventuellen Schadenersatzpflicht des O. R., sondern der Offerent befand sich im Irrtum über die Perfektion des Vertrages und hat die Folgen davon selbst zu tragen.

Gründet man die Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willensäusserung auf die objektive Beschaffenheit des Mittels der Aeusserung, so erhält die Unterscheidung einen dogmatischen Wert, wenigstens für das O. R.; man kann dann sagen: der Irrtum in der Erklärung, wie ihn das O. R. geregelt hat, bezieht sich nur auf ausdrückliche Willensäusserungen.

3. Von den ausdrücklichen Willensäusserungen — wir wollen sie im Folgenden als Willenserklärungen bezeichnen[1]) — verdienen am meisten Beachtung die, welche

---

[1]) Vgl. Regelsberger § 129 Note 3.

in Worten bestehen. Es ist dies der wichtigste und häufigste Fall. Hier kann man weiter unterscheiden:

a) Die unmittelbare Erklärung: Der Erklärende produziert selbst die mündlichen oder schriftlichen Worte, welche seinen Willen dem Mitkontrahenten kundthun sollen, er spricht zu dem Mitkontrahenten oder schreibt einen Brief, welcher diesem im Original zukommen soll. Dem Schreiben eines eigenhändigen Briefes steht das Unterschreiben eines von anderer Hand verfassten Briefes vollkommen gleich; denn wer unterschreibt, macht sich den darüber stehenden Text zu eigen.[1]) Ist die Unterschrift falsch, oder der Text nach geschehener Unterschrift gefälscht, so haben wir es mit einer scheinbaren Willenserklärung zu thun: der vermeintliche Kontrahent hat überhaupt keine Willenserklärung abgegeben oder nicht die Willenserklärung, welche in der Urkunde enthalten ist.

b) Mittelbare Willenserklärung: O bedient sich eines Mittels, durch welches die von ihm ausgehende Willenserklärung dem A gegenüber wiedergegeben werden soll. Dies Mittel kann ein Bote sein, der die von O gesprochenen Worte bei A ausrichtet, oder der Telegraph, durch welchen eine mit der Aufgabedepesche gleichlautende Ankunftsdepesche hergestellt werden soll. Dabei riskiert O, dass die von ihm abgegebene Erklärung auf ihrem Wege zum Adressaten durch Fehler der Mittelpersonen oder der Veranstaltungen modifiziert, vielleicht sogar gänzlich verändert wird. Dürfen wir nun hier, wie im Falle der Fälschung sagen, dass nur der Schein einer Willenserklärung vorliegt?[2]) Dass also ein Vertrag gemäss Art. 1 nicht zu stande gekommen ist? Ich glaube nicht. Denn die Erklärung, wie sie dem A zukommt, ist trotz der Uebermittelungsfehler doch als das Resultat der von O vorgenommenen Erklärungsthätigkeit aufzufassen. O wusste, dass das gewählte Mittel nicht absolut zuverlässig ist, dass der Bote etwas anderes sagen, der Telegraphen-

---

[1]) Vgl. Bähr in Jahrbüch. für Dogm., Bd. 14, S. 403.

[2]) So Regelsberger § 139 S. 508.

beamte etwas anderes depeschieren oder niederschreiben kann, als ihm aufgetragen ist. O wusste ferner, dass der Adressat keine Möglichkeit hat, die Uebereinstimmung der ihm überbrachten Erklärung mit der abgesendeten zu kontrolieren. Wenn nun O trotz dieser Bedenken diesen Weg um seiner Vorteile oder Bequemlichkeit willen einschlug, so muss er meines Erachtens das auf diesem Wege hergestellte Resultat als seine Willenserklärung gegen sich gelten lassen. Der Vertrag ist nach Art. 1 geschlossen, und zwar auf Grund der unrichtigen Aussage des Boten,[1]) resp. des unrichtigen Telegrammes. Es kann sich nur fragen, ob dieser Vertrag nicht mit einem Mangel behaftet ist, welcher nach Analogie des Irrtums in der Erklärung zu behandeln ist.

Dagegen liegt nur eine „scheinbare Willensäusserung" vor, wenn das, was dem A als mittelbare Erklärung des O zukommt, gar nicht von O ausgegangen ist, wenn z. B. X sich für einen Boten des O ausgiebt, ohne überhaupt von ihm beauftragt zu sein, oder wenn ein Telegramm mit der Unterschrift des O bei A anlangt, während O nicht telegraphiert hat. Hier ist O an den Thatsachen, welche wie eine Erklärung seines Willens aussehen, gänzlich unbeteiligt und kann daher auch die etwaigen Folgen dieser Thatsachen ohne weiteres von sich abweisen.

§ 3. Der Konsens.

1. Zum Vertragsschlusse ist nach Art. 1 die Uebereinstimmung der beiden Willensäusserungen, der (äussere) Konsens erforderlich und genügend. Dabei kann es vorkommen,

---

[1]) Anders natürlich, wenn O sich nicht eines Boten, sondern eines Stellvertreters bedient. Was der Stellvertreter sagt, ist seine eigene Willensäusserung, nicht die des vertretenen O. Aber sie wirkt für und wider O, soweit eine Vollmacht besteht. Hat nun der Stellvertreter bei Abschluss des ihm aufgetragenen Geschäftes die Vollmacht überschritten, so braucht O den Vertrag nicht für sich gelten zu lassen, aber er beruft sich dabei nicht auf einen Fehler in der Uebermittelung seines Willens, sondern darauf, dass die Handlungen des Vertreters durch die Vollmacht nicht gedeckt sind. Dem Dritten, der sich in seinem Glauben an das Vorhandensein der Vollmacht getäuscht sieht, wird nur in den Fällen der Art. 41 und 44 geholfen.

dass die beiden Parteien in Wirklichkeit Verschiedenes wollen. Aber ein solcher innerer Dissens hindert den Vertrag nicht, sondern macht ihn nur unter Umständen zu einem mangelhaften. Liegt dagegen äusserer Dissens vor, d. h. zwei Willenserklärungen, die inhaltlich auseinandergehen, dann ist die Vertragsverhandlung gescheitert. In diesem letzteren Sinne will ich im Folgenden das Wort Dissens gebrauchen.

Der Dissens kann ein offenbarer, d. h. beiden Parteien bewusster sein, z. B. A lehnt die Offerte des O ab. Bekanntlich gilt eine Zustimmung unter Bedingungen oder Beschränkungen oder anderen Abweichungen vom Inhalt der Offerte als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage.[1]) Oder der Dissens ist ein latenter, d. h. er ist dem einen oder beiden Kontrahenten nicht bewusst. So z. B. wenn A die Offerte missversteht und eine dem Inhalt derselben widersprechende Erklärung abgiebt (also ablehnt),[2]) während er anzunehmen glaubt; oder wenn O die mit seinem Antrag nicht übereinstimmende Antwort des A aus Missverständnis als Zusage auffasst. So kann es kommen, dass der Acceptant oder der Offerent, oder auch beide, den Vertrag für geschlossen halten, während sich aus der Vergleichung ihrer beiden Briefe ergiebt, dass es am Konsens im Sinne von Art. 1 fehlt. Man kann in solchen Fällen von Irrtum sprechen, aber es ist längst bemerkt worden,[3]) dass der Vertrag hier nicht am Irrtum scheitert, sondern an der objektiven Thatsache des Dissenses. Der Irrtum hat nur bewirkt, dass eine oder beide Parteien fälschlich an das Bestehen eines Vertrages glaubten und im Vertrauen darauf ihre Dispositionen trafen. Wenn daraus ein Schaden ent-

---

[1]) Vgl. Deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 322.

[2]) Würde dagegen A die von ihm missverstandene Offerte mit einem „Ja“ annehmen, ohne dass in seiner Antwort ein Widerspruch mit dem Inhalte der Offerte erkennbar wäre, so wäre der Vertrag zu stande gekommen auf Grund des vom Richter zu konstatierenden objektiven Sinnes der Offerte, und A wäre auf die Geltendmachung eines Irrtums angewiesen.

[3]) Windscheid, § 77. — Regelsberger, § 139, S. 510. — Zitelmann, Irrtum und Rechtgeschäft, S. 420 ff.

steht, so muss ihn der Betroffene selbst tragen, so gut wie er es sich selbst zuzuschreiben hätte, wenn er irgend einen andern für seine Interessen erheblichen Umstand irrtümlicher Weise für vorliegend angesehen hätte.

Ein typisches Beispiel des Dissenses können wir aus dem in der Revue Bd. XI Nr. 119 mitgeteilten Falle entnehmen, indem wir den Thatbestand für unsere Zwecke etwas modifizieren: Ein Wiener Handelshaus E offeriert einem Handschuhhändler N in Yverdon Handschuhe, das Dutzend zu 18 öwfl. (österreichische Gulden). N glaubt, die Preise seien in Franken ausgesetzt und bestellt das Dutzend zu 18 Fr. E bemerkt die Differenz zwischen seinem Antrag und der Antwort nicht und schickt die Ware ab. Hier liegt latenter Dissens vor: beide Parteien halten das Geschäft für abgeschlossen, während es in der That nicht zu stande gekommen ist, weder zu 18 Gulden, noch zu 18 Franken. Stellt sich der wahre Sachverhalt heraus, so braucht sich N nicht auf seinen Irrtum zu berufen, vielmehr genügt die Vorlage der beiden einander widersprechenden Briefe, um den Schein des Vertragsschlusses zu entkräften. Darum findet Art. 23 auf N keine Anwendung; das ist auch bei dem von uns supponierten Thatbestande durchaus nicht unbillig: denn wenn dem N der Vorwurf gemacht werden kann, dass er die Offerte ungenau gelesen und daher missverstanden hat, so gilt dasselbe von E, der ja ebenfalls dem Wortlaut der Antwort nicht die volle Aufmerksamkeit geschenkt hat.

2. Die beiden Willensäusserungen müssen übereinstimmen, aber nicht notwendig dem Wortlaut nach, wie bei der römischen Stipulation, in welcher der Gläubiger den Inhalt des Vertrages formulierte und der Schuldner mit einem „Ja“ (spondeo) antworten musste. Es genügt zur Giltigkeit des Vertrages, dass die Willenserklärungen dem Sinne nach übereinstimmen. Der Sinn einer Erklärung ergiebt sich nun zunächst aus der sprachüblichen und objektiv richtigen Bedeutung der gebrauchten Worte, sei es, dass es sich um einen Gattungsnamen, oder um einen Eigennamen handelt. Das ist der einzige Weg, auf welchem der Richter von sich aus

zu einer Vorstellung über den Inhalt des Vertrages gelangen kann. Dieser Weg ist zugleich auch der prima facie richtige, denn es ist der normale und statistisch regelmässige Fall, dass die Parteien sich allgemein verständlich ausgedrückt haben. Dabei ist in Betracht zu ziehen:

a) der herrschende Sprachgebrauch des Ortes, an dem der Vertrag geschlossen ist, wenn derselbe Ausdruck in verschiedenen Gegenden eine andere Bedeutung hat. Ich erinnere z. B. an die verschiedenen Bedeutungen, in denen die Worte „Tanne“ und „Fichte“ oder der Ausdruck „erster Stock“ einer Wohnung gebraucht werden.[1])

b) die Thatsache, dass die Parteien, als Laien, im Gebrauch der technischen Ausdrücke des Rechtes nicht präzis zu sein pflegen. Der Richter hat sich daher nicht an die technische Bedeutung des von den Kontrahenten gewählten juristischen Ausdrucks zu halten, sondern an die Rechtsfolgen, welche sich aus ihren Erklärungen als gewollt ergeben, und die richtige Subsumption des Geschäftes unter einen der Vertragstypen nach eigenem Urteil vorzunehmen. Ist z. B. eine fruchttragende Sache zur Exploitierung gegen Entgelt überlassen, so ist ein Pachtvertrag geschlossen, wenn auch die Parteien von „Miete“ sprechen. Man kann auch in solchen Fällen noch sagen, dass die Parteien sich, im Sinne des Lebens, richtig ausgedrückt haben; denn ihre Erklärungen ergeben an der Hand einer vernünftigen Interpretation für den Richter, wie für jeden Dritten, das ihrem Willen entsprechende Resultat.

3. Nun kann es aber vorkommen, dass die Kontrahenten sich einer unrichtigen Ausdrucksweise bedient haben, d. h. dass ihre Erklärungen, nach ihrem objektiven Sinne ausgelegt, einen andern Inhalt haben, als das, was die Parteien aussprechen wollten. Dieser Fall ist in Art. 16 vorgesehen und sachgemäss entschieden:

„Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende Wille der Parteien

---

[1]) Hartmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 20, S. 36.

und nicht die unrichtige Bezeichnungs- oder Ausdrucksweise zu beachten, welche dieselben — aus Irrtum — gebraucht haben."

Der Richter soll also nicht beim Wortlaut und dessen objektivem Sinne stehen bleiben, sondern mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln den wirklichen Willen der Parteien erforschen; aber, wohlgemerkt, es handelt sich hier um den übereinstimmenden Willen beider Parteien. Ein falscher Ausdruck des Offerenten soll den Abschluss des Vertrages mit dem gewollten Inhalt nicht hindern, wenn der Ausdruck vom Acceptanten trotzdem richtig verstanden wurde; ebenso, wenn beide Parteien ein objektiv unrichtiges Wort zur Bezeichnung ihrer Absicht wählten und dabei über das wirklich Gemeinte einverstanden waren. Diese Vorschrift entspricht den Bedürfnissen unseres Rechtslebens. Denn wir schreiben den Worten in der Regel keine immanente, sakramentelle Kraft zu, wie das im älteren Recht der Römer und der Germanen geschah.[1]) Die Bedeutung der Worte erschöpft sich für uns in der Mitteilung des Willens, und wenn diese mit mangelhaften Mitteln gelungen ist, so kommt es auf einen unschädlich gebliebenen Fehler in der Erklärung nicht mehr an.[2]) Die Parteien haben für sich und unter einander verhandelt und nicht für Dritte oder den Richter, daher genügt es, wenn sie sich gegenseitig verstanden haben.[3])

Allerdings hat die objektive Unrichtigkeit des gewählten Ausdrucks eine Gefahr im Gefolge: wenn der eine Kontrahent O behauptet, dass ein Wort in der Offerte nicht den allgemein üblichen Sinn x, sondern die Bedeutung y habe, so muss er es beweisen und er muss, wie Art. 16 ausdrücklich bestimmt, beweisen, dass beide Parteien dem Worte die

---

[1]) Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechtes II. § 44. — Heusler, Institutionen Bd. I, § 14.

[2]) Zitelmann, Irrtum, S. 257 ff. — Leonhard, Irrtum, S. 330 ff. — Eisele, im Jahrb. f. Dogm. Bd. 23, S. 18 ff.

[3]) Vgl. § 29. J. de leg. 2. 20: si quid in nomine cognomine prænomine legatarii erraverit testator, si de persona constat, nihilo minus valet legatum, nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intellegantur, nihil interest.

ungewöhnliche Bedeutung beigelegt haben. Gelingt ihm das, so ist der Vertrag mit dem Inhalt y zu stande gekommen, gelingt es nicht, so wird der Richter Konsens im Sinne x annehmen, und es kann sich nur noch fragen, ob nicht dieser Vertrag mit einem Mangel behaftet ist, weil O sich in der Erklärung seines Willens geirrt hat. Da nun die Rechtsfolgen verschieden sind, je nachdem man den Vertrag nach Art. 16 interpretiert oder Erklärungsirrtum des einen Kontrahenten annimmt, so muss immer zunächst mit aller Sorgfalt untersucht werden, ob nicht eine Auslegung gemäss Art. 16 zu einem befriedigenden Resultat führt. Der dazu nötige Beweis, dass beide Parteien übereinstimmend den betreffenden Ausdruck in ungenauer oder unrichtiger Weise gebraucht haben, wird oft nur auf Indizien beruhen, kann aber trotzdem bisweilen in überzeugender Weise geführt werden.

Ein Fall, in welchem Art. 16 am Platz gewesen wäre, jedoch vom Gericht unrichtiger Weise nicht angewendet wurde, findet sich in der Entscheidung, welche im zweiten Bande der Revue unter Nr. 20 mitgeteilt ist: Zwischen B und S bestanden Streitigkeiten über mehrere Schuldposten. Es kam zu einem Vergleiche. S zahlte Fr. 120 und erhielt dafür von B eine Bescheinigung des Inhaltes, „dass er (B) für seinen ganzen angehobenen Rechtsstreit befriedigt worden sei, und anmit alle An- und Gegenforderungen von Seiten S und B ausgeglichen seien.“ Nun behauptet B, dass ihm S bei der Vergleichsverhandlung erklärt habe, dass einer der streitigen Posten im Betrage von Fr. 100 bereits für Rechnung von B an das Amt bezahlt sei, und dass es sich daher nur noch um die übrigen Posten handle. Diese Fr. 100 seien aber in Wirklichkeit nie an das Amt gezahlt worden. B klagt daher auf diese Summe. Das Gericht hatte zu entscheiden, ob der Vergleich dieser Klage entgegenstehe. Vom Untergericht wurde die Klage abgewiesen, von der zweiten Instanz zugelassen und zwar mit Rücksicht auf einen wesentlichen Irrtum in der Person des B. Die Begründung des Urteils schwankt zwischen der Anwendung von Art. 19, 4 und 19, 2

und lässt es unentschieden, welche dieser beiden Bestimmungen hier eigentlich zutreffen soll. Darüber liesse sich in der That streiten, aber richtiger Ansicht zufolge war es gar nicht nötig, auf diese schwierige Untersuchung einzugehen. Man hätte damit beginnen sollen, den Vertrag nach Vorschrift des Art. 16 auszulegen. Der Ausgleich spricht von „allen An- und Gegenforderungen zwischen B und S.“ Welche Schuldposten wollten nun beide Kontrahenten mit diesen Worten bezeichnen? Offenbar alle zwischen ihnen bestehenden oder behaupteten Ansprüche, mit Ausnahme natürlich des Postens von Fr. 100, welchen S für schon bezahlt erklärte und B infolge dessen für erledigt hielt. Dieser Posten war also durch den übereinstimmenden und bei der Verhandlung sogar zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien vom Vergleich ausgeschlossen, das Wort „alle“ im Text des Vergleiches ist nach Art. 16 in diesem Falle restriktiv zu interpretieren. Dass B sich in Bezug auf diese Fr. 100 in einem erheblichen Irrtum befand, ist allerdings richtig, aber auf diesen Irrtum kommt es für die Entscheidung der Sache gar nicht an. Denn der Vergleich würde sich auf diesen Schuldposten auch dann nicht beziehen, wenn kein Irrtum des B vorgefallen, d. h. wenn der Posten in der That bezahlt gewesen wäre; dieser Schuldposten wäre dann durch Zahlung getilgt und nicht etwa durch den Vergleich.[1])

Anders würde der Fall liegen, wenn der betreffende Schuldposten bei den Vergleichsverhandlungen gar nicht wäre erwähnt worden, und B ihn für getilgt gehalten hätte, während er in Wirklichkeit noch zu Recht bestand. Dann würde der Vergleich seinem Wortlaute nach alle zwischen B und S streitig gewesenen Ansprüche (a + b + c)

[1]) Ebenso erledigt sich der bei Schneider zu Art. 18 Note 10 mitgeteilte Fall, ohne dass man auf Irrtum abzustellen braucht, durch korrekte Auslegung des Vertrages: Wenn sich Jemand für eine Summe von 1000 Fr. verbürgt, die seiner Schwester angeblich als „Bardarlehen“ gegeben sind, und wenn das Gericht findet, dass ein Teil der Schuld nicht als Bardarlehen charakterisiert werden kann, so ist die Bürgschaft ihrem richtigen Sinne nach auf diesen Teil der Schuld nicht zu beziehen.

umfassen; ein übereinstimmender Wille der Parteien des Inhaltes, dass der Posten c ausgeschlossen sei, wäre nicht vorhanden. Der Vertrag könnte daher nicht einschränkend ausgelegt werden, und B wäre darauf angewiesen, seinen Irrtum geltend zu machen. Er könnte sich meines Erachtens auf Art. 19, 4 berufen. Denn er hat irrtümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfang vorgenommen (Verzicht auf circa 300 Fr.), als es sein Wille war (Verzicht auf circa 200 Fr.).

4. Art. 16 kommt ferner in Betracht, wenn ein scheinbarer Dissens vorliegt, d. h. wenn die beiden Willenserklärungen, objektiv betrachtet und interpretiert, nicht übereinstimmen, und die Parteien dennoch nachweislich einig geworden sind. In der schriftlichen Verkaufsofferte ist z. B. der Hund „Sultan" genannt, und A antwortet, er acceptiere den ihm angebotenen „Pascha" zu den Bedingungen der Offerte. Wenn es nun dem einen oder anderen der Kontrahenten gelingt, nachzuweisen, dass beide in der That denselben Hund meinten und bloss ein Fehler in der Bezeichnung vorliegt, so ist trotz des mangelhaften Ausdrucks dennoch auf Grund des Art. 16 Konsens anzunehmen. Denn die Willensäusserungen brauchen, wie schon gesagt, nur den Parteien verständlich gewesen zu sein, sofern es gelingt, den Richter davon zu überzeugen, dass sie in der That von den Kontrahenten im gleichen Sinne aufgefasst worden sind. Gelingt dieser Beweis nicht, hatte z. B. O zwei Hunde „Sultan" und „Pascha" und bleibt es ungewiss, welchen Hund A meinte, so ist nicht bewiesen, dass seine Antwort eine mit der Offerte übereinstimmende Acceptation enthält, und der Vertrag gilt als nicht abgeschlossen. Die Frage des Irrtums und der Folgen desselben braucht dann gar nicht aufgeworfen zu werden. Es wäre ebenso schwierig, wie überflüssig zu untersuchen, wer von beiden Kontrahenten eigentlich einen Irrtum begangen hat und worin dieser bestand, in einer falschen Erklärung oder in dem falschen Verständnis der Aeusserung des Mitkontrahenten.

5. Endlich kann Art. 16 zur Anwendung kommen, wenn die Willensäusserungen der Parteien zweideutig sind.

Das ist der Fall, wenn ein gemeinsam gebrauchter Ausdruck in zwei Bedeutungen, x und y, verstanden werden kann, von denen x dem Offerenten und y dem Acceptanten vorteilhafter ist. Kann dargethan werden, dass das Wort thatsächlich von Beiden in dem einen Sinne x verstanden wurde, so schadet die objektive Zweideutigkeit dem Zustandekommen des Vertrages nicht. O verkauft z. B. dem A „sein Pferd“ und besitzt zwei Pferde. Wenn es nun aus den Umständen hervorgeht, dass O und A nur das eine der beiden Tiere meinen konnten, so ist der Vertrag nach Art. 16 gültig geschlossen. Aber wie, wenn die Kontrahenten nachweislich Verschiedenes meinten? Prinzipiell ist zu sagen, dass ein Vertrag nicht vorliegt, da ein Inhalt des Vertrages auch mit Hülfe von Art. 16 nicht konstatiert werden kann. Beispiel: O bestellt „Mommsens römisches Staatsrecht“ und meint damit die kurze Darstellung in einem Bande. Der Buchhändler schickt ihm statt dessen das fünfbändige Werk. Oder: O mietet von zwei in einem Hause leer stehenden Wohnungen die Wohnung „links von der Hausthür“ und meint damit: links, vom Standpunkt des Eintretenden aus, während der Hausbesitzer die Wohnung links vom Standpunkt des Heraustretenden aus im Auge hat, da die andere Wohnung schon vermietet ist.[1]) In beiden Fällen würde ich annehmen, dass der Vertrag gescheitert ist.

Von dem Satze, dass der Vertrag bei Zweideutigkeit des Ausdrucks und verschiedener Willensäusserung der Parteien weder mit dem Inhalt x noch mit dem Inhalt y zu stande kommt, wird im gemeinen Recht[2]) eine wichtige Ausnahme gemacht, welche auch im O. R. gelten muss, da sie in der Natur der beim Vertragsschlusse vorliegenden Verhältnisse begründet ist: wenn es Sache der einen Partei war, das infolge der Zweideutigkeit mögliche Missverständnis durch genauere Ausdrucksweise zu vermeiden, so muss sich diese Partei gefallen lassen, dass der Vertrag gegen sie aus-

[1]) Hartmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 20, S. 35.

[2]) Windscheid, § 84, Note 7. — Regelsberger, § 177 S. 643. — Hartmann, a. a. O. S. 50 ff.

gelegt wird, d. h. dass der Richter einen Konsens annimmt unter Zugrundelegung von der Bedeutung des zweideutigen Wortes, welche der Mitkontrahent im Sinne hatte. Denn wenn es z. B. dem O oblag, den Vertragsinhalt zu präzisieren, und er es unterliess, so hat er damit zu erkennen gegeben, dass es ihm auf die Differenz zwischen den beiden Bedeutungen des unklaren Wortes nicht ankomme, dass er also eventuell auch mit der Deutung, die im Sinne des Mitkontrahenten liegt, einverstanden ist.

Welche der beiden Parteien in der Lage ist, dass die zweideutige Erklärung zu ihren Ungunsten interpretiert wird, ist quaestio facti. In erster Linie wird es die Partei sein, welche den Vertragsinhalt formuliert. Das gilt insbesondere von der Aufstellung von Vertragsbedingungen für ganze Kategorien von Rechtsgeschäften, wie das von Seiten der Versicherungsgesellschaften, Transportanstalten, Bankgeschäfte etc. geschieht. Im übrigen müssen die Umstände des einzelnen Falles entscheiden. Kann man aber von keinem der beiden Kontrahenten sagen: clarius loqui debuit, oder kann man es von beiden in gleicher Weise sagen, so fehlt es an einem Grunde, den zweideutigen Ausdruck in dem einen oder dem anderen Sinne zu interpretieren, und es bleibt dabei, dass der Vertrag nicht zum Abschluss gekommen ist. So in dem angeführten Fall des Missverständnisses über „Mommsens Staatsrecht:“ der Besteller hätte sich präziser ausdrücken können und sollen, aber auch den Buchhändler trifft der Vorwurf, dass er die Bestellung ausführte, ohne vorher um Aufklärung zu bitten.

6. Der Dissens hindert den Vertrag nicht, wenn er sich nur auf Nebenpunkte bezieht. Das ist für den offenbaren Dissens ausdrücklich festgesetzt in Art. 2:

„Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern solle. Kommt über diese Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zu stande, so hat der Richter über dieselben nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden.“

Da sich „wesentliche“ und „Nebenpunkte“ nur durch die Bedeutung unterscheiden, welche ihnen von den Parteien beigelegt wird, so besagt Art. 2 eigentlich nur, dass der Richter den Vertrag als geschlossen anerkennen soll, wenn die Parteien sich haben binden wollen, obwohl sie über einige Bestimmungen noch nicht einig geworden sind. Der Konsens über diese unentschieden gebliebenen Punkte wird entweder von den Parteien nachgeholt oder vom Richter nach der Natur des (konkreten) Geschäftes erhöht. Als Anhaltspunkt für den Richter wird dabei häufig der von jeder Partei bei den Verhandlungen eingenommene Standpunkt dienen. Wenn z. B. bei einem Kaufe die Bestimmung des Zahlungstermines vorbehalten wurde, und der Käufer ein Jahr, der Verkäufer drei Monate vorgeschlagen hatte, so wird der Richter eine mittlere Entscheidung treffen. Ist dagegen der Zahlungstermin von den Parteien nicht festgestellt, aber auch nicht vorbehalten worden, sondern bei den Verhandlungen gar nicht zur Sprache gekommen, so muss das in Ermangelung von Parteiverabredungen geltende dispositive Recht zur Anwendung kommen, d. h. in unserem Falle Art. 86.

Art. 2 ist analog auf den latenten Dissens anzuwenden. Lassen sich übereinstimmende Willensäusserungen über einen Punkt nicht konstatieren, der aber im Vergleich zu den übrigen Bestimmungen des Vertrags von so geringer Wichtigkeit ist, dass man annehmen kann, die Verhandlungen wären an diesem Punkte nicht gescheitert, so muss, auch wenn die Auslegung nach Art. 16 kein befriedigendes Resultat ergiebt, der Vertrag doch als Ganzes aufrecht erhalten werden. Der Nebenpunkt gilt als nicht verabredet und wird nach dispositivem Rechte beurteilt. Lässt die zweideutige Nebenbestimmung zwei Auslegungen zu, von denen die eine vom dispositiven Rechte mehr abweicht als die andere, so gilt die geringere Abweichung als verabredet. Beispiel: Die Zahlungsfrist ist in so unklarer Weise bestimmt, dass man nicht sagen kann, ob am 1. Juli oder auf den 1. Juli gekündigt werden darf. Dann ist die Schuld nur für die kürzere Zeit (bis zum 1. Juli) befristet.

§ 4. Der wesentliche Irrtum.

Wenn die wesentlichen Erfordernisse des Vertrages vorliegen, zwei Willensäusserungen (§ 2) und deren Uebereinstimmung (§ 3), so ist der Vertrag geschlossen. Aber er kann mangelhaft und infolge dessen für den einen Kontrahenten unverbindlich sein. Der erste Mangel, den wir zu betrachten haben, ist der Irrtum. Das O. R. bestimmt in Art. 18:

„Der Vertrag ist für denjenigen Teil unverbindlich welcher sich bei Abschluss desselben in einem wesentlichen Irrtum befand."

Nicht jeder Irrtum wird vom Gesetz berücksichtigt, sondern nur der „wesentliche." Wollte sich der Gesetzgeber zur Aufgabe machen, überall nur den richtig geäusserten und auf Grund richtiger Motive entstandenen Willen der Parteien zur Ausführung zu bringen, so wäre es um die Rechtssicherheit geschehen. Denn jede Rücksicht auf einen Irrtum der einen Partei schädigt die Interessen des Mitkontrahenten, welcher sich auf die Giltigkeit des Vertrages glaubte verlassen zu dürfen. Andrerseits darf der Gesetzgeber die Thatsache, dass irren menschlich ist, nicht ganz ausser Acht lassen; er würde damit den Zweck der Privatrechtsordnung, die Rechtsbeziehungen der Parteien nach dem Willen der Beteiligten zu gestalten, verfehlen. Es handelt sich darum, den richtigen Mittelweg zu finden; gewisse Fälle des Irrtums sollen erheblich, andere unerheblich sein. In diesem Sinne unterscheidet das O. R., im Anschluss an den gemeinrechtlichen Sprachgebrauch, wesentlichen und unwesentlichen Irrtum.

Diese Bezeichnung bezieht sich auf die Wirksamkeit resp. Unwirksamkeit des Irrtums und nicht etwa auf dessen innere psychologische Beschaffenheit. Die Versuche, welche in dieser Richtung seit Savigny gemacht wurden, sind nicht geglückt und jetzt ziemlich allgemein aufgegeben. Der Satz: „Bei Irrtum in der Erklärung ist der Vertrag nichtig, bei Irrtum im Motiv ist der Vertrag gültig," ist weder aus den Quellen des römischen Rechtes zu beweisen, noch folgt

er mit logischer Notwendigkeit aus dem Begriff des Vertrages, noch endlich ergiebt er in seiner Anwendung befriedigende Resultate. Es führt eben keine Brücke von der Erkenntnis der psychologischen Natur eines Irrtumsfalles zu der Frage der rechtlichen Erheblichkeit. Wenn die Rechtsordnung den einen Irrtum beachten will und den andern nicht, so muss sie sich dabei nicht sowohl darnach richten, wie der betreffende Irrtum in der Seele des handelnden Menschen zu stande kommt, als vielmehr nach der Bedeutung, die dem Irrtum im Verkehrsleben zukommt. Trotzdem enthält die Savignysche Unterscheidung einen grossen Fortschritt der Irrtumslehre gegenüber der älteren Theorie.[1]) Sie ist in ihrer Grundidee klar und einleuchtend, wenn es auch Fälle des Irrtums giebt, über deren Subsumption unter den Begriff des Irrtums in der Erklärung oder den des Irrtums im Motiv man streiten kann, und welche legislativ dieselbe Behandlung verdienen. Die Unterscheidung ist auch vom O. R. adoptiert (vgl. Art. 19 und 22), wenn auch, und zwar mit gutem Grunde, nicht streng durchgeführt.[2]) Wir werden uns demgemäss bei der Betrachtung der einzelnen Fälle des Irrtums, die im Gesetze vorgesehen sind, stets fragen müssen, um welche der beiden Irrtumskategorien es sich handelt.

Das O. R. hätte sich, wie das in der zweiten Lesung des deutschen Entwurfes geschehen ist,[3]) darauf beschränken können, den Grundsatz des Art. 18 auszusprechen, und hätte die Beurteilung der einzelnen Irrtumsfälle nach ihrer Wesentlichkeit dem Richter überlassen können. Denn die Mannig-

[1]) Vgl. oben S. 283.

[2]) Der deutsche Entwurf hatte in erster Lesung unterschieden: Irrtum in der Erklärung (§ 98) und Irrtum im Motiv (§ 102). In der zweiten Lesung wurde § 102 gestrichen, weil die Grenzlinie zwischen beiden Fällen meist schwer zu ziehen sei.

[3]) § 94: „Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über den Inhalt im Irrtum war, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei vollständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde."

faltigkeit der im Rechtsleben vorkommenden Kombinationen, bei denen der Irrtum eine Rolle spielt, ist so gross, dass kein Gesetzgeber es unternehmen kann, die Erheblichkeit eines jeden Irrtums in abstracto festzustellen. Andrerseits wäre es aber für die Gleichmässigkeit der Rechtsanwendung gefährlich, wenn man den Richter ganz ohne Direktion lassen wollte; auch für den Richter selbst wäre es oft peinlich, wenn er ohne jeden Anhaltspunkt im Gesetze nach seinem pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden hätte. Aus diesen Umständen erklärt es sich, dass das O. R., ohne die Irrtumsfälle erschöpfend zu regeln, einzelne besonders wichtige Möglichkeiten ins Auge fasst und die einen Fälle des Irrtums für wesentlich, die andern für unwesentlich erklärt (Art. 19—21). Wo diese Artikel nicht zutreffen, entscheidet die Ueberzeugung des Richters. Aber auch die vom Gesetz hervorgehobenen Fälle sind, wie sich im weiteren ergeben wird, nicht in absolut bindender Weise geregelt. Wir haben es vielmehr richtiger Ansicht nach mit Vorschriften zu thun, welche es dem Richter bei der immer schwierigen Würdigung der Irrtumsfälle erleichtern sollen, den Massstab der vermittelnden aequitas zu finden. Durch diese Vorschriften des Gesetzes sind also für die Entscheidung über die Wesentlichkeit eines Irrtums andere Kriterien nicht ausgeschlossen. Sie ergeben sich häufig unmittelbar aus den Umständen des einzelnen Falles. Als allgemeine Erwägungen liessen sich etwa folgende anführen:

1) Der Irrtum wird um so leichter Berücksichtigung finden, je schneller er aufgeklärt wird, und je geringer infolge dessen die Störung des Rechtsverkehrs ist, welche durch die Geltendmachung des Irrtums verursacht wird.[1])

2) Der Irrtum verdient grössere Beachtung, wenn es sich um eine liberale Zuwendung des Irrenden handelt. Das ent-

---

[1]) Vgl. Hartmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 20, S. 42. — Bekker, Pandekten, Bd. 2, S. 66. Es handelt sich hier um eine ähnliche Vermittelung zwischen Billigkeit gegen den einen und Gerechtigkeit gegen den andern Kontrahenten, wie bei der römischen restitutio in integrum. — Vgl. Windscheid, § 115, Note 6. — Dernburg, Bd. I, § 140, Note 5.

spricht der allgemeinen Erscheinung, dass der lukrative Erwerb sich gegenüber den Interessen anderer Personen schwächer erweist, als der onerose.[1])

3) Im gemeinen Recht ist im Gegensatz zu der seit Savigny herrschenden Doktrin die Anschauung durchgedrungen, dass bei Verkehrsgeschäften nur der entschuldbare Irrtum in Betracht kommen soll.[2]) Diesen Satz können wir aber, obgleich er oft zu einer den Anforderungen der Billigkeit entsprechenden Entscheidung führt, im O. R. nicht anwenden (sofern nicht etwa im konkreten Falle aus der Unentschuldbarkeit eines Irrtums sich die Unglaubwürdigkeit desselben ergiebt). Denn das Gesetz hat den verschuldeten Irrtum speziell vorgesehen und in Art. 23 anders geregelt: der Irrtum kann trotz des Verschuldens des Irrenden ein wesentlicher sein, nur hat dann der Irrende dem Mitkontrahenten den durch seine Schuld zugefügten Schaden zu ersetzen.

4) Ebenso folgt aus Art. 23, dass der Irrtum auch dann als wesentlicher gelten kann, wenn er der andern Partei nicht erkennbar war. Denn gerade für diesen Fall ist dem Mitkontrahenten der Ersatzanspruch zuerkannt.[3])

Wir wollen nunmehr die einzelnen vom Gesetze geregelten Irrtumsfälle betrachten. Ich bezeichne sie nach der im gemeinen Rechte üblichen Terminologie.

§ 5. Error in negotio.

Art. 19. Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher:

1) Wenn der eine Teil einen andern Vertrag eingehen wollte als denjenigen, für welchen er seine Zustimmung erklärt hat.

---

[1]) Vgl. Bähr, Jahrb. f. Dogm. Bd. 14, S. 421.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. I, S. 243, 239. — Regelsberger, Pandekten S. 514, 521.

[3]) War der Erklärungsirrtum des O dem A bekannt oder erkennbar, so wird O es unter Umständen gar nicht nötig haben, sich auf Irrtum zu berufen; man wird vielmehr den Vertrag nach Art. 16 auslegen und zu dem

Das Gesetz spricht hier in unmissverständlichen Worten von einem Erklärungsirrtum. Ein solcher Irrtum kann nun aber, wie wir oben S. 287 gesehen haben, nur dann vorkommen, wenn eine ausdrückliche Erklärung vorliegt, d. h. wenn O eine Aeusserung gethan hat, welche nach der Verkehrssitte oder kraft besonderer Festsetzung einen objektiv erkennbaren Inhalt als gewollt erscheinen lässt, z. B. wenn O eine Urkunde unterschreibt oder zu einer Urkunde, in welcher sein Mitkontrahent A die Bestimmungen des Vertrages fixiert hat, seine Zustimmung giebt. In beiden Fällen ist das, was die Urkunde ihrem objektiven Sinne nach besagt, als Willenserklärung des O zu betrachten; aber diese Erklärung kann eine falsche, d. h. dem Willen des O nicht entsprechende sein, wenn O sich über ihren Inhalt irrige Vorstellungen machte, sei es, dass er die Urkunde gar nicht, oder nur flüchtig gelesen hat. Ein solcher Irrtum soll als wesentlicher behandelt werden, wenn er bewirkt, dass die Erklärung des O auf einen andern Vertrag gerichtet ist, als sein Wille.

Was haben wir nun unter dem Ausdruck „ein anderer Vertrag“ zu verstehen? Genau genommen hat jeder Irrtum in der Erklärung zur Folge, dass der Vertrag mit anderem Inhalt und daher mit anderen Rechtswirkungen zu stande kommt, als der Irrende beabsichtigte. Somit würde Art. 19, 1 alle Fälle des Irrtums in der Erklärung umfassen. Da nun aber das Gesetz noch weitere Möglichkeiten des Irrtums hervorhebt, so muss man bei Art. 19, 1 an einen Irrtum denken, der die Art des Geschäftes betrifft, d. h. die Verabredungen, durch welche sich die Zugehörigkeit des Vertrages zu einem der in der Rechtslehre anerkannten Haupttypen der Verträge bestimmt. Von diesem Standpunkt aus möchte ich den Umfang des Art. 19, 1 in folgender Weise abzugrenzen versuchen:

Resultate kommen, dass er trotz des unrichtigen Ausdruckes mit dem von O gewollten Inhalte abgeschlossen ist. Vgl. oben S. 293. War es dem A bekannt, dass O unter dem Einfluss eines unrichtigen Motives handelte, so kann in der Benützung dieses Irrtums ein dolus des A liegen.

1. Error in negotio liegt jedenfalls vor, wenn O eine ihn obligierende Erklärung abgiebt, während er in der That einen Vertrag überhaupt nicht eingehen wollte, z. B. er will eine Petition unterschreiben und setzt seinen Namen im Versehen unter eine Urkunde, durch welche er sich zu einem Beitrag verpflichtet.[1]) Oder: O will als Stellvertreter des X in dessen Namen kontrahieren, versäumt es aber, sich gegenüber dem Mitkontrahenten A in genügender Weise als Stellvertreter des X zu bezeichnen (weil er irrtümlicher Weise annimmt, dass das Vertretungsverhältnis dem A schon bekannt oder aus den Umständen ohne weiteres erkennbar ist). Dann ist O gemäss Art. 37 aus dem Vertrag verpflichtet, er kann sich aber auf error in negotio berufen.

2. O will einen Vertrag abschliessen, aber keinen obligatorischen, sondern einen solutorischen. Er will dem A Quittung geben und unterzeichnet statt dessen einen ihm gleichzeitig zugesandten Schuldschein: error in negotio.

3. Ein „anderer Vertrag" wird abgeschlossen, wenn Kauf statt Miete, Schuldübernahme statt Bürgschaft etc. eingegangen wird. Dabei kommt es natürlich nicht auf den terminus technicus an, sondern auf die für die betreffenden Vertragsarten charakteristischen Bestimmungen (Erwerb des Eigentums oder der blossen Benutzung, Haftung anstatt des ursprünglichen Schuldners oder neben demselben).[2])

4. Differenz zwischen Willen und Erklärung in Bezug auf Identität, Qualität und Quantität der Leistung, sowie in Bezug auf die Person des Mitkontrahenten macht zwar den Vertrag ebenfalls zu einem „anderen," ist aber im Gesetz speziell geregelt.

5. Error in negotio ist meines Erachtens auch dann anzunehmen, wenn in der Vertragsurkunde solche Bestimmungen fehlen, welche für den O wesentlich sind, d. h. ohne die er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, z. B. O hat sich beim Verkauf ein Wiederkaufsrecht ausbedungen und hat den

---

[1]) Vgl. den im Kommentar von Schneider zu Art. 18, Note 11 citierten Fall.

[2]) Vgl. Entscheidungen des Bundesgerichts Bd. XIV, S. 318.

Kaufbrief unterzeichnet ohne zu bemerken, dass diese Klausel (durch ein Versehen des Notars) weggeblieben ist. Oder umgekehrt: in dem schriftlichen Vertrage findet sich eine Bestimmung zu Gunsten des A, welche von O, als dieser unterschrieb, nicht bemerkt wurde. Ob die Abweichung des abgeschlossenen Vertrags von dem, was O wollte, bedeutend genug ist, um den Vertrag als einen „anderen" erscheinen zu lassen, ist stets quæstio facti. Der Richter wird sich fragen müssen, ob anzunehmen ist, dass O den Vertrag auch ohne die ihm günstige, resp. mit der ihm ungünstigen Klausel abgeschlossen hätte. Der Beweis, dass wirklich Irrtum des O vorliegt, wird sich zudem in solchen Fällen recht schwierig gestalten; denn wenn jemand eine Urkunde unterzeichnet, welche von den vorhergehenden Abmachungen abweicht, so liegt die Vermutung nahe, dass er bei der Unterschrift der Urkunde dem Mitkontrahenten noch eine Konzession gemacht hat.[1])

6. Zum Inhalte des Vertrages in Bezug auf den error in negotio gehören nicht die Punkte, welche O gar nicht verabredet hat, weil er glaubte, dass sie schon vom dispositiven Rechte zu seinen Gunsten entschieden seien. Denn das dispositive Recht bringt nach richtiger Ansicht nicht den stillschweigend geäusserten Parteiwillen zur Anerkennung, sondern wirkt, sofern es nicht durch eine Verabredung ausgeschlossen wird, wie jeder andere Rechtssatz durch die Kraft der Rechtsordnung.[2]) Wenn daher O es bei einem Verkauf für überflüssig hält, seine Eviktionshaftung wegzubedingen, weil er nicht weiss, dass das Gesetz ihm diese Haftung auferlegt, so hat er zwar über den Umfang der übernommenen Verpflichtungen geirrt, aber sein Irrtum besteht nicht darin, dass er für seinen Willen einen falschen Ausdruck gewählt hat, sondern darin, dass er, durch seine Unkenntnis des Rechtes getäuscht, eine Verabredung, die ihm nützlich ge-

---

[1]) Vgl. Degenkolb im Archiv für civil. Praxis Bd. 71, S. 184 ff.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. I, § 32. — Regelsberger, Pandekten § 32.

wesen, nicht treffen wollte. Das ist aber ein Irrtum im Motiv und fällt nicht unter Art. 19, 1.[1])

7. Ebensowenig liegt error in negotio vor, wenn O das, was er wollte, richtig erklärte, dabei aber das Vorhandensein von Umständen voraussetzte, welche die Wirkungen des Vertrages zu seinen Gunsten gestalten würden; z. B. O verbürgt sich für eine Schuld von 1000 Fr. in der, vielleicht durch Mitteilungen des Hauptschuldners hergestellten Ueberzeugung, es seien für dieselbe Schuld noch andere Bürgen oder Hypotheken vorhanden, oder es würden solche noch bestellt werden. Hier hat O das, was er im Bürgschaftsschein erklärte, nämlich eventuell für die 1000 Fr. aufkommen zu wollen, in der That gewollt.[2]) Nur hat er sich zu diesem Entschluss durch die Hoffnung verleiten lassen, dass seine Verpflichtung infolge der anderen Sicherheiten, auf die er rechnete, für ihn unschädlich bleiben würde. Von dieser Erwartung geht aber fast jeder Bürge aus, darin liegt eines der Motive der Verbürgung; das Ausbleiben des erwarteten Erfolges ist daher als Irrtum im Beweggrund aufzufassen.[3])

8. Kein error in negotio ist endlich dann anzunehmen, wenn O sich dem A gegenüber obligiert in der irrigen Meinung, dass er bereits Schuldner des A sei. Solche Fälle haben die Gerichte mehrfach in Bürgschaftssachen beschäftigt.[4])

---

[1]) Anders die von Schneider in seinem Kommentar zu Art. 19 Note 7 mit Recht getadelte Luzerner Entscheidung Revue VIII, Nr. 32.

[2]) Vgl. Revue XII, Nr. 57.

[3]) Anders liegt der Fall, wenn das Vorhandensein von Mitbürgen oder Pfändern in der Bürgschaftsurkunde ausgesprochen ist. Dann entsteht die Frage, ob nicht in der Erwähnung dieser Thatsachen eine Bedingung der Bürgschaft enthalten sei, oder eine Zusicherung des Gläubigers an den Bürgen, für die Existenz der anderen Sicherheiten einstehen zu wollen. Vgl. Bundesgericht in Revue XIII, Nr. 107. In diesem Sinne erklärt sich auch ein auffallendes Urteil des franz. Kassationshofes vom 30. Juni 1894 (mitgeteilt in der Zeitschr. f. französ. Civilrecht Bd. 26, S. 204). Das Gericht sagt zwar: „Der Irrtum des Bürgen über das Bestehen einer Hypothek betrifft eine substantielle Eigenschaft der verbürgten Sache (?);“ aber an einer anderen Stelle der Gründe heisst es: „in Erwägung ..... dass das Bestehen der Hypothek eine ausdrückliche und formelle Bedingung des Bürgschaftsvertrages war.“

[4]) Vgl. Revue VI, Nr. 39 und VII, Nr. 70.

Meines Erachtens muss man hier folgende Unterscheidung machen: Die zweite Verpflichtung, welche O mit Rücksicht auf die vermeintlich schon bestehende Schuld eingeht, ist oft nichts anderes als eine Modifizierung des ersten Schuldverhältnisses, z. B. Veränderung von Fristen und Terminen; das ist namentlich dann anzunehmen, wenn sie äusserlich als Zusatz zu der Haupturkunde erscheint. In solchen Fällen unterliegt es keinem Zweifel, dass der Nachtrag bei Ungültigkeit des Hauptvertrages keine selbständige Bedeutung hat. Zu diesem Resultat kommt man, ohne auf Irrtum rekurrieren zu müssen, durch Interpretation der Verabredung: Die Parteien wollten ein schon bestehendes Rechtsverhältnis verlängern, nicht ein neues begründen. — Wenn dagegen die zweite Verabredung sich als selbständiger Vertrag darstellt und dem O neue Verpflichtungen auferlegt, so ist ihre Giltigkeit von dem Bestehen des supponierten Schuldverhältnisses unabhängig. Dieses letztere bildet nur das Motiv, welches den O zum Abschluss des zweiten Vertrages veranlasste, und Irrtum im Motiv ist nach Art. 22 im allgemeinen unwesentlich. Doch ist damit natürlich nicht gesagt, dass dem O überhaupt nicht geholfen werden kann. Seine Obligierung kann sich mit Rücksicht auf das Nichtbestehen der vorausgesetzten Schuld als eine grundlose Zuwendung darstellen und unterliegt dann der Anfechtung unter dem Gesichtspunkt der Kondiktionen, Art. 70 ff.[1])

Nicht zu verwechseln mit den eben besprochenen Fällen, in denen ein error in negotio zur Frage steht, ist die Möglichkeit eines Dissenses über die Art des Geschäftes. Damit von Irrtum die Rede sein könne, müssen zwei übereinstimmende Willensäusserungen vorliegen, von denen sich die eine als falsch erweist. Wenn es dagegen an dem Konsense in den Willenserklärungen fehlt, so ist der Vertragsschluss an dem Missverständnis von vornherein gescheitert. Das kann

[1]) Vgl. Entscheidungen des Bundesgerichtes Bd. XIV, S. 285 ff.

bei zweideutigen Aeusserungen sehr wohl vorkommen. Ein mir aus dem Leben bekannter Fall hat sich folgendermassen zugetragen: X bittet den J um Ueberlassung eines Buches. J übergiebt es ihm mit so überaus freundschaftlichen Worten, dass X auf den Verdacht kommt, es solle ihm geschenkt sein. Er wird in dieser Ansicht bestärkt, als er von Bekannten erfährt, dass J schon oft Bücher, die er nicht selbst braucht, in dieser Weise verschenkt habe. Infolge dessen behält X das Buch und lässt es binden. Nach längerer Zeit bittet J um Rückgabe des Buches. Welches ist das Rechtsverhältnis zwischen X und J? Auf der einen Seite war Schenkung, auf der anderen Leihe beabsichtigt, aber die Uebergabe des Buches unter diesen Umständen ist ein so zweideutiger Vorgang, dass er als Erklärung weder der einen noch der anderen rechtsgeschäftlichen Absicht gelten kann. Es ist daher zu sagen: nihil actum est, X hat das Buch weder zu Geschenk noch zur Leihe erhalten, er ist gutgläubiger Besitzer einer fremden Sache und unterliegt in Bezug auf die Haftung und die Impensen den Grundsätzen der Vindikation.[1])

§ 6. Error in corpore.

Art. 19: „Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher:
2) Wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache gerichtet war als der Wille des anderen Teiles."

Der Wortlaut des Gesetzes bezeichnet hier einen inneren Dissens der Parteien: O will die Sache x, A dagegen die Sache y als Leistungsobjekt des Vertrages haben. Dabei giebt es zwei verschiedene Möglichkeiten:

a) Dem inneren Dissens entspricht auch ein äusserer Dissens: O hat die von ihm gewollte Sache x in seiner

---

[1]) Wäre J Buchhändler, so hätte die Zusendung des Buches zweifellos die Bedeutung einer Verkaufsofferte. Diese wäre von X dadurch acceptiert worden, dass er über das Buch wie ein Eigentümer verfügte. Hätte X dabei an eine Schenkung geglaubt, so wäre er bei der Abgabe seiner Annahmeerklärung im Irrtum gewesen, müsste sich daher auf Art. 19 berufen und wäre eventuell nach Art. 23 ersatzpflichtig.

Willenserklärung bezeichnet, und ebenso A die Sache y: z. B: O schreibt dem A: „ich möchte Ihr Haus Hauptstrasse 21 mieten.“ A besitzt zwei Häuser, Nr. 12 und 20, und antwortet, in der Meinung, dass sich O um eine Nummer geirrt hat: „ich überlasse Ihnen mein Haus Nr. 20 zur Miete.“ O meint aber, wie sich nachträglich herausstellt, das Haus Nr. 12.

b) Der innere Konsens kann fehlen, obwohl beide Parteien in ihren Erklärungen übereinstimmend dieselbe Sache x bezeichnet haben. Aber O hat sich in seinem Ausdruck geirrt, sein Wille ging auf die Sache y. Z. B.: auf einem Bestellzettel werden mir drei Bücher angeboten, das Nichtdurchgestrichene soll als bestellt gelten. Ich streiche in der Zerstreutheit das von mir gewünschte Buch durch.

Auf welchen dieser beiden Thatbestände soll man Art. 19, 2 beziehen? Der Fall a) scheint dem Wortlaut des Gesetzes näher zu liegen; sobald man aber daran geht, die Regeln des Irrtums hier anzuwenden, stösst man auf bedenkliche Schwierigkeiten der Auslegung.[1]) Vor allem: der Thatbestand des Art. 19, 2, in diesem Sinne verstanden, würde sich mit dem des Art. 1 decken. Für denselben Fall des äusseren Dissenses wäre im Art. 1 Nichtexistenz des Vertrages, im Art. 19, 2 dagegen blosse Unverbindlichkeit des Vertrages für den einen Teil vorgeschrieben. Und weiter: welcher der beiden Kontrahenten wäre bei äusserem dissensus in corpore als der Irrende zu bezeichnen? Der Mieter O, welcher statt der richtigen Nummer 12 die falsche Nummer 21 im Gedächtnis hatte, oder der Vermieter A, welcher ebenfalls irrtümlicher Weise annahm, die Nummer 21 im Briefe des O könne natürlich nichts anderes bedeuten, als 20? Wer muss dem anderen nach Art. 23 den Schaden ersetzen? Und endlich: wenn in einem ähnlichen Falle das Jahr des Art. 28 abgelaufen ist und der Vertrag als genehmigt gilt, mit welchem Inhalte ist er zu stande gekommen, im Sinne des O oder des A?

Angesichts dieser Sachlage glaube ich, dass man den Art. 19, 2 auf den Fall b (innerer Dissens bei äusserem

[1]) Vgl. Schulin in dieser Zeitschrift, N. F. Bd. 9, S. 83 ff. — Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations, S. 57 ff.

Konsens in corpore) beschränken muss. Es kann sich hier nur um einen Erklärungsirrtum der einen Partei in Bezug auf die Sache handeln. Der Artikel müsste, um in den Zusammenhang der Irrtumslehre des O. R. zu passen, wie folgt lauten: „wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache gerichtet war, als seine Erklärung.“ In diesem Sinne lässt sich der Art. 19, 2 auch interpretieren, ohne dass man dem Wortlaut Gewalt anthut. Denn wenn der Irrtum des O darin besteht, dass er eine andere Sache will, als die, welche in den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien bezeichnet ist, so wird es meist auch eine andere Sache sein, als die, welche sein Mitkontrahent will.[1])

Fragen wir uns nun, wann ein Erklärungsirrtum in corpore vorliegt, so ist folgendes zu beachten. Die Sache, welche ich zum Gegenstande des Vertrages haben will, kann ich in verschiedener Weise bezeichnen, je nachdem ich mit A in præsentia oder in absentia rei verhandle. Im ersteren Falle geschieht die Bezeichnung durch Zeigen oder Anfassen der Sache, in letzterem Falle durch Beschreibung, d. h. durch Angabe von Merkmalen, mit deren Hülfe sich die von mir gemeinte Sache auffinden lässt. Diese Merkmale können sehr verschieden sein, z. B. der Name (eines Hundes oder Pferdes), die Nummer (eines Hauses oder einer Grundbuchparzelle), der Ort an dem sich die Sache befindet (der Bücherschrank im Studierzimmer des A), ein zeitlicher Umstand (das Weinfass, welches heute für O eingetroffen ist) etc. Jede dieser Bezeichnungen kann sich als falsch herausstellen, d. h. nicht die wirklich gewollte Sache, sondern statt ihrer eine andere, nicht gewollte Sache, betreffen.[2]) Ich ergreife z. B. im Buch-

---

[1]) Meist, aber nicht immer. Z. B. auf einem Bestellzettel werden mir drei Bücher, a, b und c angeboten. Ich bezeichne im Versehen das Buch a, während mein Wille auf b gerichtet war. Hier hätten wir Erklärungsirrtum in corpore, während allerdings nach dem Wortlaut von Art. 19, 2 kein wesentlicher Irrtum vorliegen würde; denn der Wille des Buchhändlers ist so gut auf b gerichtet, wie auf a.

[2]) Nicht selten kommt es vor, dass zur Bezeichnung einer Sache mehr Merkmale angegeben werden, als zu ihrer völligen Individualisierung nötig sind. O schreibt z. B. dem A: „Ich pachte die Parcelle Nr. 104, die wir

laden statt des von mir ausgewählten Buches in der Zerstreutheit ein anderes, lasse mir den Preis sagen und bezahle ihn. Oder O will eine der beiden ihm gut bekannten Doggen des A kaufen, er verwechselt aber die Namen und schreibt „Sultan," während er damit den Hund bezeichnen will, welcher bei A den Namen „Nero" trägt. Hier hat O eine andere Sache kaufen wollen, als er zu kaufen erklärte (und als sein Mitkontrahent A infolge dessen verkaufen wollte), er kann sich daher auf wesentlichen Irrtum im Sinne von Art. 19, 2 berufen.[1])

Anders würde dagegen der Fall liegen, wenn O die Sache, welche der von ihm gewählten Bezeichnung entspricht, in der That gewollt hat, diesen Willen aber nur deshalb gefasst hat, weil er dieser Sache Eigenschaften zuschrieb oder in Bezug auf sie Umstände als vorliegend annahm, welche sich nachträglich als nicht vorhanden erweisen. O kauft z. B. von A das ihm bekannte Pferd „Schnellfeuer," weil er überzeugt ist, dass dieses das Pferd sei, das beim letzten Rennen in X gesiegt hat. Auch hier kann man wohl in der Sprache des Lebens sagen, O habe ein anderes Pferd gemeint als A. Allein das wäre logisch und daher auch juristisch inkorrekt gesprochen; denn Willensäusserung und Absicht der beiden Parteien sind auf dasselbe Objekt gerichtet, und der Irrtum des O hat seine Erklärung durchaus nicht zu einer fehlerhaften gemacht, sondern im Gegenteil bewirkt, dass O diesen Vertrag überhaupt abschloss. Es han-

---

gestern zusammen besichtigt haben." Wenn die Parteien eine Parcelle besichtigt haben, so ist offenbar der Zusatz der Grundbuchsnummer zur Kennzeichnung des Grundstücks überflüssig. Daraus ergiebt sich, dass ein Fehler in dieser Bezeichnung unwesentlich ist und der Vertrag in Bezug auf die besichtigte Parcelle gültig geschlossen ist. Hier kann man sagen: Falsa demonstratio non nocet.

[1]) Wer den Art. 19, 2 anruft, darf sich nicht damit begnügen zu behaupten, er habe die von ihm bezeichnete Sache nicht gemeint, er muss eine Verwechselung mit einer anderen Sache vorbringen. Sonst kommt er in den Verdacht, dass er die Sache, auf welche sich der Vertrag bezieht, in der That hat kaufen wollen und sie jetzt, da sie ihm missfällt, los zu werden sucht.

delt sich um einen Irrtum im Beweggrund, dessen Wesentlichkeit sich nach Art. 22 in Verbindung mit Art. 19, 3 bestimmt.

Zum Schluss noch ein Beispiel, das die Möglichkeiten des dissensus in corpore und des error in corpore (als Erklärungsirrtum und Irrtum in den Motiven) illustrieren soll. Es giebt eine „Architektur der Renaissance" von J. Burckhardt und eine „Kultur der Renaissance" vom selben Autor. Daraus kann ein Irrtum in dreifacher Weise entstehen:

a) Ich bestelle „Burckhardt, Renaissance" und meine dabei die „Kultur." Der Buchhändler schickt mir die „Architektur." Das ist Dissens, denn die Bestellung ist zweideutig, und jeder von uns hat sie in verschiedenem Sinne aufgefasst.

b) In einem antiquarischen Katalog sind angeführt: Nr. 911 Burckhardt, K. d. R., und Nr. 912 Burckhardt, A. d. R. Ich schreibe aus Unachtsamkeit 912 statt 911. Das ist error in corpore; denn die Willensäusserung ist unzweideutig, aber falsch. Der Vertrag ist für mich nach Art. 19, 2 unverbindlich, aber ich hafte aus meinem Verschulden auf Ersatz des Schadens.

c) Ich bestelle „Burckhardt, Architektur," weil ich glaube, dass mein Neffe sich dieses Buch zu Weihnachten gewünscht hat. Ich habe ihn aber missverstanden. Das ist Irrtum im Motiv.

§ 7. Error in qualitate.

Art. 19: „Der Irrtum ist insbesondere ein wesentlicher:

3) Wenn die irrig vorausgesetzten Eigenschaften der Sache so erheblich sind, dass dieselbe, je nachdem diese Eigenschaften vorhanden sind oder fehlen, im Verkehre zu einer ganz verschiedenen Gattung oder Art von Gütern gerechnet wird."

Den Eigenschaften des Leistungsobjektes kommt eine ganz verschiedene Bedeutung zu, je nachdem es sich um eine Genusschuld oder eine Speziesschuld handelt. Dieser Gegensatz ist auch in der Irrtumslehre nicht ausser Acht zu lassen.[1])

---

[1]) Vgl. Leonhard, Irrtum, S. 254, 436 ff.

a) Bei Gattungsobligationen dient die Qualität zur Individualisierung der Leistung. Das Genus kann allgemein bezeichnet sein oder durch Hinzufügen weiterer Eigenschaften in beliebigem Grade spezialisiert werden. Eine generische Obligation, bei deren Eingehung die Bezeichnung der Qualität (oder der Quantität) unterblieben wäre, hätte überhaupt keinen Bestand.

b) Bei Speziesobligationen ist der Leistungsgegenstand meistens nicht durch seine Eigenschaften, sondern durch andere Merkmale individualisiert (vergl. oben § 6).[1] Die Sache kann genügend bezeichnet werden, ohne dass die Eigenschaften derselben erwähnt zu werden brauchen. Es kann in Bezug auf die Sache sowohl äusserer als innerer Konsens vorliegen, obwohl die Parteien über ihre Qualität entgegengesetzte Ansichten haben und vielleicht sogar aussprachen. Folgendes Beispiel soll veranschaulichen, wie gering die Rolle ist, welche die Eigenschaft der Sache beim Zustandekommen einer Speziesobligation spielt: A verkauft dem O einen Hund, den beide vor sich haben oder mit dem richtigen Namen bezeichnen. Dabei wird gewöhnlich über die Qualität des Hundes äusserer Dissens vorliegen; A wird sagen: „Ich will Ihnen diesen edlen Racehund ausnahmsweise für 20 Fr. überlassen.“ O wird antworten: „Der Hund ist zwar nicht gerade schön, aber ich nehme ihn doch aus besonderen Gründen für 20 Fr.“ Oft besteht gleichzeitig auch ein innerer Dissens über die Qualität, nur in umgekehrter Richtung; A wird denken: „der Hund ist schlechter als er aussieht“ (sonst würde er noch mehr fordern); O wird denken: „der Hund ist besser als A weiss“ (sonst würde er nicht so viel bieten). Trotz dieses Widerspruches in Worten und Gedanken liegen zwei fehlerlos zustande gekommene und miteinander übereinstimmende Willensäusserungen vor. Denn die Eigenschaft wird hier von den Parteien nicht wie im Falle a) zur Bezeichnung der Leistung angegeben, sondern sie wird, wie das Gesetz richtig sagt, vor-

[1]) Bezeichnung der Sache durch ihre Qualität liegt vor, wenn A eine goldene und eine silberne Uhr besitzt und ihm O „die goldene Uhr“ abkauft.

ausgesetzt. Diese Voraussetzung bestimmt nicht, was die Parteien wollen, sondern warum sie das, was sie erklärt haben, wollen. Error in qualitate ist daher bei einer Speziesobligation nicht Irrtum in der Erklärung, sondern Irrtum im Motiv.[1])

Trotzdem wird der Qualitätsirrtum im Corpus iuris unter gewissen Umständen für erheblich erklärt, sogen. error in substantia. Man hat sich seit Savigny vergeblich bemüht, der grundlegenden Unterscheidung (I. in der Erklärung und I. im Motiv) zu liebe, die Fälle des error in substantia aus dem Gebiete des Irrtums im Motiv zu verbannen. Diese Versuche sind jetzt aufgegeben. Das Richtige ist, für das Corpus iuris: die römischen Juristen haben sich bei der Entscheidung von Irrtumsfällen nicht durch psychologische Erwägungen leiten lassen; für das O. R.: der Gesetzgeber hat zwar den Irrtum prinzipiell für unwesentlich erklärt (Art. 21), aber diese Bestimmung ist, wie die ganze Regelung des Irrtums, nicht als absolut zwingende gemeint, und für den einen Fall des error in qualitate hat das Gesetz selbst in Art. 19, 3 eine wichtige Ausnahme von seinem Prinzip zugelassen.

Ueber den Umfang dieser Ausnahme ist folgendes zu bemerken:

1. Die Differenz zwischen den vorausgesetzten und den vorhandenen Eigenschaften muss eine sehr erhebliche sein. Der dabei anzuwendende Massstab ist kein subjektiver: es kommt nicht darauf an, ob die betreffende Eigenschaft für den Irrenden von grosser oder geringer Wichtigkeit ist. Art. 19, 3 hilft dem Käufer nicht, obgleich er nachweisen kann, dass er die Sache, so wie sie ist, absolut nicht brauchen kann, dass er sie also nimmermehr gekauft hätte, wenn ihm das Fehlen der für ihn ausschlaggebenden Eigenschaft bekannt gewesen wäre.

2. Der Massstab ist ein objektiver: die Sache muss infolge des Fehlens der Eigenschaft im Verkehr zu einer

---

[1]) Vgl. besonders Zitelmann, Irrtum, S. 549 ff. — Windscheid, Pandekten, § 76a zu Note 6 ff. — Regelsberger, Pandekten, § 142, III. — Hartmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 20, S. 49.

anderen Art und Gattung von Gütern gerechnet werden. Ist das der Fall, so braucht der Irrende nicht zu beweisen, dass diese Eigenschaft auch für seine persönlichen Verhältnisse von massgebender Wichtigkeit ist. Ob eine andere „Art und Gattung von Gütern" vorliegt, ist eine oft recht schwer zu entscheidende quæstio facti. Das Gesetz lässt, im Anschluss an das gemeine Recht,[1]) die Anschauung des Verkehrs darüber entscheiden, während die römischen Juristen, wie es scheint, Anhaltspunkte dafür in der „Natur" der Sache suchten. So ist z. B. der Irrtum wesentlich, wenn ein angeblicher Diamant sich als Rheinkiesel entpuppt, wenn eine Banknote,[2]) Briefmarke, Münze gefälscht ist, wenn eine Legierung als Edelmetall, wenn Halbseide als Ganzseide verkauft wird, wenn ein Rembrandt sich als moderne Kopie erweist.[3])

3. Dagegen ist ein Irrtum über den Wert einer Sache stets unwesentlich, Art. 22. Z. B. O kauft ein Haus und zahlt weit mehr als es wert ist, weil er über die Häuserpreise in dem betreffenden Stadtquartier falsche Auskunft erhalten hat; oder er bezahlt für Korallen einen Preis, wie er vor 30 Jahren üblich war, ohne zu wissen, dass die Preise seitdem ganz erheblich gefallen sind.

4. Ebensowenig fallen Mängel der Sache unter den Art. 19, 3; denn trotz des Mangels gehört die Sache doch zu der vertragsmässigen Art und Gattung von Gütern. Für den Käufer einer mangelhaften Sache ist durch die speziellen Vorschriften der Art. 243 ff. gesorgt, neben denen für die allgemeine Irrtumslehre kein Platz ist.

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 102, Note 11.

[2]) Vgl, Revue VII, Nr. 42.

[3]) Hier stehen wir vor einer oft sehr schwer zu bestimmenden Grenzlinie. Bei der Unsicherheit der kunsthistorischen Thatsachen, oder vielleicht gerade infolge der Präzision der heutigen Forschung, kommt es oft vor, dass ein Bild, welches bisher stets z. B. für einen Raphael gegolten hat, plötzlich in die „Schule des Raphael" verwiesen wird. Ich glaube nicht, dass diese Differenz eine „verschiedene Art und Gattung" des Gemäldes im Sinne von Art. 19 begründet. Denn ein solches Bild kann sich ja nach wenigen Jahren wieder in einen Raphael verwandeln. Anders, wie oben gesagt, wenn der moderne Ursprung des Gemäldes konstatiert wird.

5. Wer sich auf error in qualitate beruft, muss natürlich nachweisen, welche Eigenschaften er an der Sache voraussetzte. Am einfachsten liegt der Fall, wenn die Eigenschaft beim Vertragsabschluss genannt, z. B. die Uhr als „goldene" verkauft wurde. Dabei ist aber zu beachten, dass eine solche Qualitätsbezeichnung oft als eine „Zusage" des Verkäufers aufgefasst werden muss, welche nach Art. 243 für den Irrenden andere und meist günstigere Rechtswirkungen hervorbringt, als der wesentliche Irrtum. Auf der anderen Seite kann es vorkommen, dass der Käufer, trotzdem die Qualität der Sache beim Verkauf genannt worden ist, sich nicht auf wesentlichen Irrtum berufen darf, wenn nämlich der Verkäufer die Uhr zwar als goldene bezeichnet, dabei aber erklärt hat, er verkaufe sie für das, was sie ist. Hier hatte der Käufer alle Veranlassung, die Qualität erst zu prüfen, und wenn er es nicht that, sondern sich auf seine Sachkunde verliess, so hat er das wissentlich übernommene Risiko zu tragen. Es bleiben also als Anwendungsgebiet des Art. 19, 3 die Fälle übrig, in denen die Qualität von beiden Parteien vorausgesetzt wurde, ohne dass die Voraussetzung des einen Kontrahenten durch das Verhalten des anderen bestärkt wurde oder hätte erschüttert werden sollen.[1]) Und ebenso ist Art. 19, 3 anwendbar, wenn die Voraussetzung, von welcher der Käufer ausging, dem Verkäufer gar nicht erkennbar war, wenn z. B. über die Eigenschaften der Sache überhaupt nicht gesprochen wurde. Allerdings wird in einem solchen Verhalten des Käufers meistens eine Unvorsichtigkeit zu finden sein, für die er nach Art. 23 haftet.

---

[1]) Es kann auch vorkommen, dass die Qualität der Sache als Bedingung (condicio in præsens relata) in den Vertrag aufgenommen wird. Dann sind natürlich nicht die Rechtssätze über Irrtum, sondern das Recht der Bedingung anzuwenden. Dabei ist immer zu prüfen, ob es sich nicht im Sinne der Parteien um eine echte Bedingung (cond. in futurum relata) handelte, z. B.: „Die Waare soll gekauft sein, wenn sich bei einer demnächst zu veranstaltenden chemischen Untersuchung ein Gehalt von so und so viel % ergiebt." Der Unterschied beider Arten von Bedingung ist wichtig, z. B. für den Gefahrsübergang.

Es sind noch zwei Fragen kurz zu berühren:

a) Der Art. 19, 3 hat offenbar bloss den von uns besprochenen Fall des Qualitätsirrtums bei Speziesschuld im Auge. Wie ist es nun aber, wenn beim Abschluss einer Gattungsobligation ein Erklärungsirrtum in Bezug auf die Qualität vorkommt? Z. B. O will russischen Sommerweizen bestellen, und durch ein Versehen seines Kopisten lautet der von ihm unterschriebene Brief auf Winterweizen. Hier kann man zweifeln: gehört dieser Fall, weil er offenbar nicht zum Wortlaut des Art. 19, 3 passt (man kann hier nicht wohl von einer „vorausgesetzten" Eigenschaft sprechen) zum error in corpore, Art. 19, 2, oder ist er nach Analogie des Art. 19, 3 zu behandeln? Der Unterschied würde darin liegen, dass in letzterem Falle die Berufung auf den Erklärungsirrtum nur in den engen Schranken zulässig ist, welche Art. 19, 3 dem error in qualitate zieht, dass also trotz des nachweislichen Kopistenfehlers noch zu untersuchen wäre, ob die gewollte und die bestellte Waare zu einer verschiedenen Art und Gattung von Gütern gerechnet werden. Ich glaube, diese Entscheidung liegt im Sinne des Gesetzes; der Gesetzgeber wollte offenbar die Wesentlichkeit von Qualitätsdifferenzen nur in besonders erheblichen Fällen anerkennen, ob nun diese Differenz in einem Erklärungsirrtum hervortritt oder Anlass zu einem Irrtum im Motive giebt.

b) Wie verhält sich Art. 19, 3 zu Art. 243 ff.? Ist nicht die allgemeine Bestimmung über error in qualitate wenigstens für das wichtigste Verkehrsgeschäft, den Kauf, überflüssig neben dem speziellen Schutz, der dem Käufer geboten wird? Wir haben diese Frage schon gestreift, hier ist noch Folgendes nachzutragen:

α) Der Verkäufer kann nur den Irrtumsartikel anrufen, wenn er z. B. einen Diamanten verkaufte in dem Glauben, es sei eine Nachahmung.

β) Auch für den Käufer ist Art. 19, 3 eine unentbehrliche Ergänzung der Art. 243 ff. Zwar ist er wegen Mängel der Sache und Zusagen des Verkäufers auf die Gewährleistungspflicht desselben angewiesen, handelt es sich aber um eine

Differenz in Art und Gattung, so kann er Qualitätsirrtum geltend machen und Unverbindlichkeit des Vertrages behaupten. Der praktische Unterschied liegt darin, dass beim Irrtum die kurze Frist des Art. 257 durch die dem Käufer günstigere Frist des Art. 28 ersetzt ist, und dass die Berufung auf error in qualitate nicht an die Bedingung der rechtzeitigen Mängelrüge (Art. 246) geknüpft ist. Das könnte auf den ersten Blick auffallend erscheinen: behauptet der Käufer einen Mangel der Sache, so wird er bei verspäteter Rüge abgewiesen, wenn er aber vorbringt, die Sache sei von anderer Art und Gattung, so soll ihm dieser Einwand nicht entgegenstehen. Sieht man genauer zu, so überzeugt man sich, dass der Gesetzgeber durch diese scheinbare inelegantia iuris den Verhältnissen gerecht geworden ist. Ein Beispiel soll dies beweisen: X kauft ein Wertpapier, das wegen einer äusseren Verletzung nicht lieferbar ist. Es kann von ihm verlangt werden, dass er diesen „Mangel" sofort nach der Entgegennahme merkt und rügt. Daher wird er bei verspäteter Berufung darauf nach Art. 246 abgewiesen. Wenn aber das vermeintliche Wertpapier eine so geschickt ausgeführte Fälschung ist, dass man dies nur mit der Lupe konstatieren kann, so kann man dem X nicht den Vorwurf machen, dass er eine solche Untersuchung unterlassen hat. Die Fälschung wird erst nach Jahren, bei Rückzahlung des Papieres bemerkt, und nun kann X auf Grund von Art. 19, 3 gegen seinen Verkäufer regredieren, denn er hat eine Sache gekauft, die zu einer anderen Art und Gattung gehört, als er voraussetzte.

(Die Fortsetzung folgt im nächsten Band.)