

# IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts  
für Europäische Rechtsgeschichte  
Frankfurt am Main

## IV

Herausgegeben von  
HELMUT COING  
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1972

## FILIPPO RANIERI

### Dolo petit qui contra pactum petat

#### Bona Fides und stillschweigende Willenserklärung in der Judikatur des 19. Jahrhunderts

Die moderne privatrechtsgeschichtliche Forschung hat sich bis heute wenig mit der Bedeutung der *exceptio doli* in der Praxis des gemeinen Privatrechts befaßt. Die folgenden Ausführungen sollen einen ersten Beitrag dazu bieten. Dabei sollen die Wege geschildert werden, auf denen die europäische Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts zu dem Institut kam, das die deutschen Juristen heute Verwirkung nennen. Welch differenziertes Bild eine genauere Untersuchung der europäischen Rechtssprechung bietet und wie weit diese Frage einiger Überlegungen wert ist, soll anhand von zwei Urteilen aus der deutschen und französischen Judikatur des 19. Jahrhunderts dargelegt werden.

#### I.

1. Im Jahre 1874 hatte das Preußische Obertribunal folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Eine Klausel in einem Mietvertrag machte die Abänderung des Vertrages von dem schriftlich gegebenen Einverständnis des Vermieters abhängig. Nach einer anderen Klausel konnte das Mietverhältnis fristlos gekündigt werden, wenn der Mieter die Miete nicht pünktlich bezahlte. Mündlich dagegen hatte der Vermieter nach dem Abschluß des Vertrages dem Mieter zugesichert, daß es nicht auf die strenge Einhaltung der Zahlungsfrist ankomme. Im Falle einer Verspätung von vier, fünf Tagen würde er die Klausel nicht geltend machen. Im Verlauf des Mietverhältnisses hatte der Mieter mehrfach die Miete nicht pünktlich bezahlt und der Vermieter sich nicht auf die Klausel berufen. Trotz des abgegebenen Versprechens und der bisherigen Duldung nahm der Vermieter jedoch eine Verspätung von ein paar Tagen als Vorwand, um die Klausel geltend zu machen, und kündigte dem Mieter

fristlos. Das preußische Obertribunal<sup>1</sup> wies die Klage des Vermieters ab. Das Gericht ging davon aus, daß das nur mündlich abgegebene Versprechen des Vermieters wegen der Schriftformklausel unwirksam sei, es räumte dem Mieter aber die Möglichkeit ein, der Kündigungsklage mit einer *exceptio doli* entgegenzutreten.

2. Es ist bemerkenswert, wie ein ähnlicher Fall in der damaligen französischen Rechtsprechung gelöst wurde. Die Heranziehung eines Urteils unter vielen anderen zeigt, wie die französische Praxis über andere Lösungswege zu demselben Ergebnis kam.

Fünfzehn Jahre früher hatte die Cour de Cassation über folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

Wie im deutschen Fall machte eine Klausel in einem Mietvertrag das Recht zur Untervermietung von dem schriftlich gegebenen Einverständnis des Vermieters abhängig; nach einer anderen Klausel konnte das Mietverhältnis im Falle der Nichteinhaltung dieser Bestimmung fristlos gekündigt werden. Der Mieter hatte untervermietet, ohne die Zustimmung des Vermieters einzuholen. Dieser hatte keinen Widerspruch erhoben. Erst nach mehreren Monaten hatte er die Verletzung des Vertrages durch den Mieter beanstandet und fristlos gekündigt. Die Cour de Cassation<sup>2</sup> wies die Klage ab, weil der Vermieter mit seiner langen Duldung der Untervermietung stillschweigend darauf verzichtet hatte, das Kündigungsrecht geltend zu machen.

3. Ein Vergleich der beiden Urteile zeigt, wie die deutsche und die französische Judikatur, um dasselbe billige Ergebnis zu erreichen, nämlich die Geltendmachung der Auflösungs- oder Kündigungsklausel abzuweisen, sich zweier verschiedener Lösungswege bedient haben: in der deutschen Entscheidung greift man zu der *exceptio doli*, in der französischen dagegen beruft man sich auf eine stillschweigend erfolgte Abänderung der Vertragsbestimmungen. Es ist eine reizvolle Aufgabe, genauer, und zwar rechtsgeschichtlich und rechtsvergleichend, zu beleuchten, wie die deutschen und die französischen Gerichte zu diesen verschiedenen Begründungen gekommen sind. Zugleich kann eine solche Untersuchung Ausgangspunkt für Überle-

<sup>1</sup> Vgl. Preußisches Ober-Tribunal 28. 9. 1874 in Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals, Bd. 73 (1875), S. 57. Über diese und andere gleichartige Entscheidungen wird bei REHBEIN, Die Entscheidungen des vormaligen Preußischen Ober-Tribunals auf dem Gebiete des Civilrechts (Berlin 1884), Bd. I, S. 254 ff., berichtet.

<sup>2</sup> Vgl. Cass. civ. 28. 6. 1859, in Sirey 1860, 1, S. 447.

gungen werden, inwieweit die *bona fides* der römischen Juristen in der Praxis des europäischen kontinentalen Rechts heute noch wirksam ist.

## II.

1. Um die dogmengeschichtlichen Zusammenhänge der hier aufgeworfenen Problematik zu schildern, ist es notwendig, kurz auf die römischen Quellen zurückzugreifen. Im römischen Recht setzte sich nur allmählich der Grundsatz durch, daß der formlos erklärte und auf die Abänderung oder Aufhebung gerichtete Wille den Schuldvertrag *ipso jure* abzuändern oder aufzuheben vermag. Es wird allgemein angenommen, daß im justinianischen römischen Recht die Erscheinung des Erlaßgeschäfts bei dem sogenannten *pactum de non petendo* anknüpft. In klassischer Zeit befreit der formlose Erlaß durch *pactum de non petendo* nur *ope exceptionis*: der Schuldner erhält eine *exceptio pacti*, später wahlweise mit der *exceptio doli*, und kann damit der Geltendmachung des Anspruchs seitens des Klägers entgegentreten<sup>3</sup>.

In die *bonae fidei iudicia* brauchte die *exceptio pacti* allerdings nicht eingeschaltet zu werden. Außerdem wurde bei den Konsensualkontrakten schon in klassischer Zeit anerkannt, daß nicht nur die einzelne Forderung (*obligatio*), sondern (solange noch nichts geleistet war) das ganze Verhältnis durch eine formlose Abrede aufgehoben werden konnte.

Im justinianischen Recht war das *jus honorarium* eine rein historische Erscheinung geworden.

Die Kompilatoren haben dennoch den Begriff des *pactum de non petendo* bewahrt. Die Unterscheidung der Fälle, in denen das *pactum* ohne weiteres schuldaufhebend wirkte oder nur die *exceptio* begründete, wurde allerdings praktisch bedeutungslos, seitdem auch die *exceptio* nur eine vom Schuldner geltend zu machende und zu beweisende Unwirksamkeit bezeichnete. Es ist darüber hinaus darauf hinzuweisen, daß sich zu dieser Zeit der Grundsatz „*dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest petit*“ (D. 44, 4, 2, 5) völlig durchgesetzt hatte, wobei alle *exceptiones* der klassi-

<sup>3</sup> Statt aller KASER, Das römische Privatrecht, I Abschnitt (München 21971) S. 642 ss. Zuletzt KNÜTEL, Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht (Köln-Graz 1968) S. 63 ss.

<sup>4</sup> Vgl. dazu KASER, a.a.O. II (München 1959), S. 202; BURDESE, Exceptio doli (diritto romano) in Noviss. dig. it., Bd. VI (Torino 1960), S. 1072; PALERMO, Studi sull'exceptio nel diritto classico, (Milano 1956), S. 131 ff.; COLLINET, La nature des actions, des interdicts et des exceptions dans l'œuvre de Justinien (Paris 1947) S. 504 ff.; RICCOBONO, Dal diritto romano classico al diritto moderno (Annali Palermo 1917), S. 591 ff.

schen Jurisprudenz auf die *exceptio doli* zurückgeführt wurden<sup>4</sup>. Damit stellte das justinianische Recht die *exceptio pacti* der *exceptio doli* gleich und gewährte allgemein die *exceptio doli* auch dann, wenn an sich auch eine *exceptio pacti* möglich gewesen wäre<sup>5</sup>.

Obwohl die Rechtsfigur der *exceptio pacti seu doli* in justinianischer Zeit ihren eigentlichen prozeßrechtlichen Grund verloren hatte, blieb sie dennoch als eine typische Denkform der römischen Quellen bestehen, die sich durch die jahrhundertelange Entwicklung des europäischen gemeinen Rechts erhalten hat.

<sup>5</sup> Die Problematik der *exceptio pacti* und die Frage ihrer Beziehungen zur *exceptio doli* gehören zu den strittigsten Themen der romanistischen Forschung. Vgl. zu der älteren Literatur HUSCHKE, Kleine kritische Versuche über Pandektenstellen und Pandektenmaterien, in Zeit. für Civilrecht und Prozeß 1846, S. 137—207; KRÜGER, Beiträge zur Lehre von der *exceptio doli*. I. Das Verhältnis der *exceptio doli* (generalis) zur *exceptio rei venditae et traditae* und zur *exceptio pacti* (Halle 1892), S. 169 ff.; WENDT, Die *exceptio doli generalis* im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse. AcP 100 (1906), S. 264 ff.; PERNICE, Labeo 2 Aufl. (Halle 1895) II, Teil 1, S. 231 ff.; nach dem heutigen Stand der Untersuchungen wird allgemein anerkannt, daß der Grundsatz von D. 44. 4. 2. 5 „Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit“ justinianischer Herkunft ist. Die Klassiker haben sehr genau zwischen *exceptio pacti* und *exceptio doli* unterschieden. Mit anderen Worten ist der Gedanke den Klassikern immer fremd gewesen, daß die Geltendmachung eines Anspruchs trotz eines entgegenstehenden *pactum* als solches schon einen *dolum* darstellte. Das *pactum* als solches fand seinen spezifischen Schutz in der *exceptio pacti*, auf die man zurückgreifen konnte ohne Rücksicht darauf, ob die Geltendmachung der *actio* eine besondere Verletzung der *bona fides* darstellte. Nur ausnahmsweise wurde eine *exceptio doli* in den Fällen gewährt, in denen es sich um die Anwendung des *pactum* über seinen Wortlaut hinaus handelte. Damit bot die *exceptio doli* den Ausweg, einer formalistischen Auslegung des *pactum* und letzten Endes dem widersprüchlichen Verhalten des Klägers entgegenzutreten und durch die *bona fides* der wirklichen *voluntas* zur Wirksamkeit zu verhelfen. Erst später wurde dieser formalistische Standpunkt überholt, indem man den allgemeinen Grundsatz aufstellte, „dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest“ (D. 44. 4. 2. 4). Das Verhältnis von Regel und Ausnahme wurde damit gegenüber früher umgekehrt. Während man nach dem klassischen Recht, wenn ein *pactum* nicht vorhanden war, nur ausnahmsweise auf die Verteidigungsmöglichkeiten einer *exceptio doli* zurückgreifen konnte, wurden im justinianischen Recht *exceptio doli* und *exceptio pacti* gleichgestellt und allgemein die *exceptio doli* auch dann gewährt, wenn als solche auch eine *exceptio pacti* möglich gewesen wäre. Vgl. dazu GROSSO, Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia. Patti e contratti, in Memorie Istituto giuridico dell'Università di Torino, II, Bd. III, (Torino 1928), S. 34 ff.; derselbe, L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia, in Studi urbinati 1927/1928, S. 71 ff.; KOSCHAKER, Bedingte Novation und Pactum im römischen Recht, in Fest. Hanausek, (Graz 1925), S. 150 ff.; SCHERILLO, Di alcune formule bizantine in tema di *exceptio pacti* e di *exceptio doli*, in Rendiconti istituto lombardo, 2 a Bd. 61 (1928), S. 516—533; neuerdings KNÜTEL, Die Inhärenz der *exceptio pacti* in *bonae fidei iudicium*, SZ Rom. A. 84 (1967), S. 133 ff.; BRUTTI, in: Studi senesi 80 (1968) 306 ff.

2. Der Rechtsgedanke der *exceptio pacti seu doli*, wie sie in den justinianischen Quellen geformt worden war, wurde in das europäische *jus commune* übernommen und damit ein fester Bestandteil von Praxis und Lehre<sup>6</sup>.

Dem gemeinen Recht waren jedoch ihre ursprünglichen prozessualen Voraussetzungen fremd; demzufolge wurde die Tendenz immer mehr bemerkbar, den *pacta* eine uneingeschränkte *ipso jure* Wirksamkeit einzuräumen. Es sei hier auf die Anerkennung, die der Grundsatz der Klagbarkeit der *nuda pacta* erfuhr, hingewiesen<sup>7</sup>.

Auch für die *pacta liberatoria* setzte sich allmählich die Meinung durch, daß sie *ipso jure* rechtswirksam seien. Es handelt sich hier um eine Entwicklung, deren Wurzeln schon in den justinianischen Quellen zu finden sind. Dort wird die Unterscheidung der Fälle, in denen das *pactum de non petendo ipso jure* schuldaufhebend wirkt oder nur eine *exceptio doli* begründet, mit einer recht großen Ungenauigkeit getroffen.

Während die Klagbarkeit der *nuda pacta* sehr bald Anerkennung fand, setzte sich demgegenüber der Grundsatz der Wirksamkeit *ipso jure* der *pacta liberatoria* nur langsam und mit unterschiedlichem Erfolg durch.

Was die Aufhebung oder Abänderung eines Schuldverhältnisses anbelangt, so blieb der Gedanke der *exceptio pacti seu doli* in dem älteren *usus modernus* unbestritten. Bei Maranta z. B. lesen wir<sup>8</sup>:

„... quoties quis est tutus aliqua exceptione, ut pacti de non petendo, vel alia aequitate, et tamen adversarius sciens dictam exceptionem, seu aequitatem illi competere, contra eum agit in iudicio, et deducit ius suum, oritur exceptio doli ... quia petendo quod poterat tolli exceptione, videtur in dolo versatus ...“.

<sup>6</sup> Weitere dogmengeschichtliche Hinweise bei OURLIAC et DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, Bd. II Les Obligations (Paris 1957), S. 198 ff.; GALLO, Sulla asserita sopravvivenza del *pactum de non petendo* nel diritto civile italiano, in *Foro italiano* 1960, IV, Sp. 129 ff., insbesondere Sp. 134 ff.; in der älteren Literatur vgl. ALTMANN, *Der Erlaßvertrag*, Bd. I (Leipzig 1891), insbesondere S. 88 ff.; FADDA e BENSA, *Note sulle Pandette di Windscheid*, Bd. IV (Torino 1925), S. 396 ff. Um Mißverständnisse zu vermeiden, ist vorwegzubemerkend, daß die Wendung *exceptio pacti seu doli* aus der gemeinrechtlichen Praxis stammt. Eine *exceptio pacti seu doli* hat es in den römischen Quellen als solche nie gegeben. Auch bei Justinian sind beide Einreden (*pacti* und *doli*), die im Edikt an verschiedener Stelle standen, nicht zu einer solchen Einheit verschmolzen worden.

<sup>7</sup> Dazu zuletzt mit umfangreichen Literaturhinweisen BÄRMANN, *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel*, in *Rev. intern. de droit comparé* 1961, S. 18 ff.

<sup>8</sup> *Aurea praxis, additionibus clarissimi PETRI FOLLERII innumeris locis locupletata et adaucta* (Auffl. Coloniae Agrippinae 1580), pars IV, Additio, N. 21.

Genauso läßt sich dieser Standpunkt auch bei allen anderen Autoren dieser Zeit verfolgen. Es sei hier nur auf das Standardwerk von Zanger<sup>9</sup> hingewiesen.

„... Nudo enim consensu haec obligatio dissolvi nequit, cum nihil tam naturale sit, quàm unumquodque eo quo colligatum est modo, dissolvi, ... Debitor ergò efficaciter obligatus, pacto, jure civili, non liberatur, sed jure praetorio seu honorario per exceptionem pacti seu doli mali ...“

... Doli mali exceptio ideo in proposito locum habet, quia petit dolo, quicunque id quod exceptione elidi potest, petit, et dolo facere eum, qui contra pactum petit, negari non potest ...“

3. Im späteren gemeinen Recht zeigt sich zwischen dem französischen *ancien droit* und dem deutschen *usus modernus* eine beachtenswerte, unterschiedliche Tendenz. In Frankreich wurde sehr rasch auch den *pacta libertaria* eine Wirksamkeit *ipso jure* zuerkannt.

In dem *ancien droit* spielt die Rechtsfigur der *exceptio pacti seu doli*, abgesehen von den Abhandlungen, die ihr, von einem allerdings reinen historischen und antiquarischen Standpunkt, Cujaz<sup>10</sup> und Donellus<sup>11</sup> gewidmet hatten, schon im 17. Jahrhundert keine Rolle mehr. Sie wird zwar noch von De Ferrière<sup>12</sup> erwähnt:

„... si celui qui apres avoir stipulé cent, convient avec son debiteur de n'en faire jamais aucune poursuite: il est certain que si nonobstant ce pacte ne laisse pas d'intenter action pour le payement de cette dette, il agit par dol & injustement, toutefois sa demande est fondée sur l'autorité du Droit, car telle convention n'est pas capable de détruire l'obligation qui déscend de la stipulation, & partant manet actio de iure, mais parceque l'équité naturelle ne souffre pas que nous poursuivions quelque chose au préjudice de nostre convention, le Prêteur a introduit cette exception par laquelle le deffendeur détruit entierement la force de telle action, en disant dolo malo facit quod ...“.

<sup>9</sup> Tractatus de exceptionibus (Francofurti ad Moenum 1588), cap. 13, N. 2 und ff.; vgl. ferner BARGALIUS, Tractatus de dolo (Hanoviae 1604), S. 484 und S. 762.

<sup>10</sup> CUIACIUS, Recitationes solemnes in libros Codicis (Francofurti ad Moenum 1597), in Tit. Cod. De exceptionibus et praescriptionibus, ad. lex. III (S. 912).

<sup>11</sup> U. DONELLI, Opera omnia commentariorum de jure civili, cum notis D. HILLIGERI (Ed. Florentiae 1844), Lib. XXII, cap. VI, N. 2<sup>o</sup> ff. (Bd. 5, Sp. 1509 ff.).

<sup>12</sup> C. DE FERRIÈRE, La jurisprudence du digeste, conférée avec les ordonnances royaux, les coutumes de France et les décisions des cours souveraines (Paris 1677), Bd. II, zu D. 44. 4., S. 533.

Obwohl De Ferrière noch weiter bemerkt, „... ce que nous avons dit sur ce titre est observé en France ...“, scheint es, daß diese Rechtsfigur im 17. Jahrhundert in Frankreich in Wahrheit völlig bedeutungslos war. Wenn man von den Werken historisch-antiquarischen Charakter absieht<sup>13</sup>, wird sie kaum noch erwähnt. Auch die Praxis, soweit mir ersichtlich ist, scheint auf diese typische römische Denkform verzichtet zu haben<sup>14</sup>.

Das kommt allerdings nicht von ungefähr. In Frankreich, in den pays de droit écrit, war das römische Recht mehr eine *ratio scripta* als ein unmittelbar geltendes Recht<sup>15</sup>. Damit blieb eine strenge Bindung an die Gedanken der römischen Quellen aus.

Übrigens ist auch daran zu erinnern, daß in dem französischen ancien droit sich sehr bald der Satz durchgesetzt hatte, daß alle Verträge *bonae fidei* geworden seien. Schon im 16. Jahrhundert galt als herrschende Meinung, was bei D'Etienne Pasquier<sup>16</sup> zu lesen ist:

<sup>13</sup> Statt aller J. FABRIUS, In Institutiones Commentarii, Lyon 1557 (Nachdruck, Frankfurt 1969), zu Inst. Lib. IV, tit. de exceptionibus, S. 174 ff.; für die spätere Literatur sei nur an DOMAT, Leges civiles juxta naturalem earum ordinem (Aufl. Venetiis 1785), zu D. 44. 4. und POTHIER, Pandectae justinianae in novum ordinem digestae (Ed. Lugduni Bat. 1782), zu D. 44. 4., verwiesen. Allerdings sind aufschlußreiche Hinweise über die damalige Praxis nicht selten auch historischen-antiquarischen Werken zu entnehmen. Vgl. z. B. Dictionnaire du Digeste, ou substance des Pandectes justiniennes, par THÉVENOT-DESSAULES (Aufl. Paris 1808 revu par LESPÉRAT et DUSSANS), wo zu „Pacte“ (Bd. II, S. 83) ausdrücklich bemerkt wird „chez nous, la bonne foi et l'équité suffisent pour rendre valables et obligatoires toutes sortes d'engagements ou de conventions... de quelque manière qu'ils soient formés“.

<sup>14</sup> Vgl. dazu CARRÉ DE MALBERG, Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française (Paris 1887), S. 301 ff. Es sei hier darauf hingewiesen, daß in der Praxis des ancien droit, die „équité“ ganz andere und neuere Erscheinungsformen fand: dazu PERREAU, Technique de la jurisprudence en droit privé (Paris 1923), Bd. I, S. 2—3; DAWSON, The equitable remedies of the French Chancery before 1789, in Fest. Rabel (Tübingen 1954), I, S. 99 ff.; BOYER, La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements, in Melanges Maury (Paris 1960), I, S. 257 ff.; zuletzt DAWSON, The oracles of the Law (Ann. Arbor 1968), S. 288.

<sup>15</sup> Dazu zuletzt PIANO MORTARI, Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel sec. XVI (Milano 1962); GUZZI, Il diritto comune in Francia nel secolo XVII. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario, TR 1969, S. 1—46 mit weiteren umfangreichen Literaturhinweisen.

Es sei übrigens daran erinnert, daß die heutige Rezeptionsforschung dazu gelangt ist, auch für den deutschen usus modernus die formelle Autorität des Corpus Juris von seiner tatsächlichen Geltung zu unterscheiden. Statt aller WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit<sup>2</sup> (Göttingen 1967), S. 134 ff.

<sup>16</sup> D'ETIENNE PASQUIER, L'interprétation des Institutes de Justinian avec la conférence de chaque paragraphe aux ordonnances royales, arrestz de Parlement et coutumes générales de la France (ed. GIRAUD, Paris 1847), S. 763—764. Es handelt sich um ein *locus com-*



„De dire dont soit prouvenue ceste distinction, non omnium quae maioribus tradita sunt, ratio reddi potest . . .

. . . C'est pourquoi les docteurs qui ont escript sur cela, ont estimé qu'entre nous autres chrestiens, tous contracts deuoyent estre estimés de bonne foy.“

Der römische prozeßrechtliche Standpunkt war nunmehr den französischen Juristen fremd geworden. Wenn man bedenkt, daß schon nach den römischen Quellen in den *bonae fidei iudicia* die *exceptio pacti seu doli* nicht eingeschaltet zu werden brauchte und daß ein Schuldverhältnis nur durch eine formlose Abrede teils oder ganz *ipso jure* aufgehoben werden konnte, versteht es sich von selbst, daß diese Entwicklung auch dazu beitragen konnte, die Rechtsfigur der *exceptio pacti seu doli* für die französische Praxis entbehrlich werden zu lassen<sup>17</sup>.

In der Vertragslehre des Naturrechts fand diese Entwicklung ihre endgültige systematische Einordnung. Nach den Vorstellungen des Naturrechts

*munis* in der Praxis des ancien droit. Dazu mit umfangreichen Quellenhinweisen HOETINK, De Beperkende werking van de goede trouw bij overeenkomsten, TR 1928, S. 417—438.

Noch im XVIII. Jahrhundert wird dieser Grundsatz betont: vgl. SERRES, Les institutions du droit français (Paris 1778), Liv IV, tit. 6, § 28, „Nous n'avons pas reçu en France cette différence qui est faite ici des actions de bonne foi et de celles qui sont de droit étroit, parce que la bonne foi doit regner par-tout; c'est pourquoi les Juges, et principalement ceux des Cours souveraines, suivent toujours dans le Jugement des affaires ce qui leur paroît le plus équitable . . .“. DOMAT, Lois civiles dans leur ordre naturel (La Haye 1703), Lib. I, sect. III n. 12; THÉVENOT-DESSAULES, Dictionnaire, Bd. I, zu Contrats de bonne foi, S. 121. Dieselbe Entwicklung tritt auch in dem holländischen *usus modernus* hervor. Vgl. GROENEWEGEN, Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus (Lugd. Bat. 1649) zu Inst. 4, 6, 28: „... harum actionum differentiae hodie minus conspicuae, addo ex parte obsoletae sunt . . . ut omnes vi et effectu videantur esse bonae fidei“; vgl. ferner VINNIUS, Iustiniani Institutionum, sive elementorum libri quattuor notis perpetuis multoquam huiusque, diligentius illustrati (2. Aufl. Amsterdam 1652), der zu Inst. 4. 6. 28, § 2 bemerkt: „apud nos tota haec iudiciorum distinctio generali desuetudine pene deleta est et genera actionum sic confusa, ut omnes vi et effectu nunc videantur esse bonae fidei“. Es sei hier darauf hingewiesen, daß diese rasche Entwicklung dem deutschen *usus modernus* fremd blieb, vgl. HOETINK, a.a.O. S. 430. Über die Unterscheidung zwischen bonae fidei und stricti juris Verträge vgl. z. B. LAUTERBACH, Collegium theoretico-practicum Pandectarum (ed. sexta, Tubingae 1684), zu Dig. 44, 7 n. 71. Noch im 19. Jahrhundert fragte WÄCHTER, Erörterungen aus dem römischen deutschen und württembergischen Privatrechte (Stuttgart 1845), Bd. II, S. 112 ff., sich nach der Existenzberechtigung von Verträgen *stricti juris*.

<sup>17</sup> Es sei hier gleich darauf hingewiesen, daß auch die *exceptio doli specialis* in dem ancien droit keine Anwendung fand. Wer zur Aufgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung bestimmt worden war, konnte die Erklärung mit einer lettre de rescission anfechten. Vgl. POTHIER, Oeuvres (Ed. Paris 1848), Traité des obligations, Bd. I, N. 28 ff.; dazu vgl. ZANI, L'evoluzione storica dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento, in Riv. it. scienze giuridiche 1926, S. 385 ff.; TISON, Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français (Paris 1931), S. 53 ff.

war jede Person im Bereich ihrer eigenen Rechte souverän, so daß niemand rechtlich gebunden werden konnte, es sei denn, kraft eines eigenen freien Willensaktes. Entsprechend diesem Prinzip wurde gelehrt, daß eine Abänderung oder Aufhebung eines Schuldverhältnisses nur durch einen Vertrag möglich sei. Somit konnte Pothier schreiben<sup>18</sup>:

„Selon les principes du droit romain . . . la simple convention, par laquelle le créancier était convenu avec le débiteur de le tenir quitte, n'éteignait pas de plein droit ces obligations; mais elle donnait seulement au débiteur une exception ou fin de non-recevoir contre l'action du créancier qui aurait demandé le paiement de la dette, contre la foi de la convention. Cette distinction et ses subtilités ne sont pas reçues dans notre droit français: . . . toutes les dettes quelles qu'elles soient, et de quelque façon qu'elles aient été contractées, s'éteignent de plein droit par la simple convention de remise entre le créancier et le débiteur . . .“

4. Im deutschen *usus modernus* kann man eine ähnliche Entwicklung feststellen, die also eine gesamteuropäische Erscheinung darstellt.

Nicht nur die Klagbarkeit der *nuda pacta*, sondern auch ihre Wirksamkeit *ipso jure* als *pacta liberatoria* setzte sich völlig durch. Auch bei den deutschen Autoren ist die naturrechtliche Vorstellung bemerkbar, daß der freie Wille des Rechtsinhabers der einzige maßgebende Faktor für die Entstehung, die Abänderung oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses sei. Daher konnte Thomasius<sup>19</sup> feststellen:

<sup>18</sup> POTHIER, Traité des obligations, Bd. I, cap. III, § 1, n. 607.

<sup>19</sup> Vgl. Notae ad Institutiones Justinianaeas, varias juris romani antiquitates in primis usum eius hodiernum in foris Germaniae ostendentes, in usum auditorii thomasi (Halaë Magdeb. 1712), zu Inst. IV, tit. 13 de exceptionibus, S. 272. Die Bemerkung, die THOMASIIUS als Begründung anführt, ist beachtenswert: „ . . . moribus autem Germaniae et illa subtilitas cessat“. Es ist darauf hinzuweisen, daß diese Ablehnung der „subtilitas juris romani“, ein im vom Naturrecht beherrschten späteren *usus modernus*, *locus communis* darstellt. Es handelt sich hier um eine gesamteuropäische Erscheinung. Auch POTHIER z. B. bemerkt über die *exceptio pacti seu doli* (Traité des obligations, I, n. 3) „les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit“; in einer anderen Stelle (a.a.O. I, n. 607) betont er wieder „ces subtilités (d. h. die *exceptio pacti seu doli*) ne sont pas reçues dans notre droit français“. (Vgl. ferner die ähnlichen Bemerkungen über die *exceptio doli* in seinem Traité du quasi contrat negotiorum gestorum, n. 189). Genauso läßt sich diese Haltung für den ganzen *usus modernus* beweisen. Schon bei den Humanisten bemerkt FRANCISCUS HOTOMANNUS, Antitribonianus sive dissertatio de studio legum (1. Aufl. 1567; hier in Variorum opuscula ad cultiorem jurisprudentiam adsequendam pertinentia, Pisis 1771), Cap. XI, am Ende (S. 193—194), „ . . . quid . . . juvare poterant subtilitates istae actionum, directarum, utilium, in factum et praescriptis

„... quod hodie nulla sit differentia amplius inter modos tollendi obligationem ipso jure et ope exceptionis. Pactum de non petendo ... jure romano non tollebat obligationem ipso jure, quia non producebant actionem. Moribus autem Germaniae et illa subtilitas cessat ...“.

Derselbe Standpunkt läßt sich auch bei den anderen maßgebenden Auto-

verbis? ...“. Für den späteren *usus modernus* sei hier nur an zwei Beispiele verwiesen, VALLETTA, *Juris romani institutiones* (Neapoli 1782) zu Inst. 4. 4. 28 („hinc judex non subtilis, summique juris cancellis inclusus ... moderata interpretatione potest aliquid aequitati dare et a stricto jure discedere“); GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* (Erlangen 1796), Bd. IV, S. 455 (... nach der Subtilität des römischen Civilrechts hörte zwar auch bey den Formularcontracten die Verbindlichkeit nach verflossener Zeit nicht auf, allein schon der Prätor gab dem Schuldner, wenn er nach Ablauf der bestimmten Zeit noch belangt wurde, die *exceptionem doli* oder *pacti conventi*“).

Es ist bemerkenswert, daß dieser *locus communis* sich noch in der französischen Literatur des XIX. Jahrhunderts verfolgen läßt. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code* (5. Aufl. Bruxelles 1824), Bd. III, § 89, S. 57, bemerkt z. B.: „... cette raison subtile était imaginée pour procurer au défendeur l'exception de *dolo*, sans laquelle il n'eût pas repoussé la demande; mais, dans notre jurisprudence, toutes les actions sont de bonne foi, et nous n'avons pas besoin de cette subtilité“. Ähnlich noch DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Bd. XXXI, *Traité des engagements qui se forment sans convention* (Paris 1882), S. 75.

Was damit im 17. und 18. Jahrhundert im einzelnen gemeint war, ist freilich schwer zu sagen, weil hier noch Spezialuntersuchungen fehlen. Soweit mir ersichtlich, ist der Ausdruck „*subtilitas juris romani*“ häufig in Verbindung mit seinem Gegenteil zu verstehen: die „*équité naturelle*“. Dadurch hatten die französischen Parlamente „le droit de ne pas tenir compte des textes romains quand ils énoncent des théories trop subtiles ou imposent un formalisme exagéré“ (so BOYER, *La nation d'équité* ... , S. 258 mit weiteren Hinweisen). So bemerkt DE FERRIÈRE, *La jurisprudence du digeste, a.a.O.*, Bd. II, zu D. 44. 4., S. 533, über die *exceptio doli seu pacti*: „... parceque l'équité naturelle ne souffre pas que nous poursuivions quelque chose au préjudice de nostre convention, le Préteur a introduit cette exception ...“. Noch aufschlußreicher was bei POTHIER zu lesen ist (*Traité du quasi contrat negotiorum gestorum*, n. 189): „... quoique la subtilité du droit ne vous donne pas contre moi l'action contraria negotiorum gestorum, parce que vous n'avez pas eu l'intention de faire mon affaire ... néanmoins l'équité, qui doit l'emporter sur la subtilité du droit, vous donne une action contre moi ...“. Es scheint so, das häufig „das Recht ohne Rücksicht auf formale — insbesondere prozessuale — Sonderregel angewendet werden soll, die sich aus dem historisch gewordenen Zustand des römischen Rechts ergaben“. (So COING, *Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert*, in *Recht und Ethik. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, herausg. von BLÜHDORN und RITTER [Frankfurt 1970], S. 21.) Mit anderen Worten, mit der „*subtilitas juris romani*“ wird die nunmehr fremdgewordene prozeßrechtliche Denkform bei den römischen Quellen, und nicht zuletzt gerade die Rechtsfigur der *exceptio doli*, abgelehnt. Stattdessen gewinnt der materiellrechtliche Gesichtspunkt immer mehr an Bedeutung, und immer mehr wird dem Willen der Vertragsparteien zu einer Wirksamkeit *ipso jure* verholfen. Eine Bemerkung bei THÉVENOT-DESSAULES, *Dictionnaire du Digeste* ... (nouvelle ed. Paris 1808), Bd. II, zu „Subtilité du droit“, S. 364, ist dazu aufschlußreich „... la subtilité du droit doit céder à la volonté, et à l'équité“.

ren des deutschen *usus modernus* feststellen. Es sei hier nur auf Lauterbach<sup>20</sup> verwiesen.

„...De jure communi, effectus omnium pactorum, sine differentia, est efficax et legitima obligatio ... quod tamen accipiendum de pactis obligatoriis ... liberatoriorum enim effectus est obligationis dissolutio ...“.

Allerdings zeigt der deutsche *usus modernus* im Vergleich mit der französischen Tradition des ancien droit ein differenziertes Bild. In Deutschland waren das *Corpus juris* und die damit verbundene Kasuistik und Rechtsregeln geltendes Recht geblieben. Die Rechtsfigur der *exceptio doli* hatte sich daher in dem deutschen *usus modernus* erhalten. Natürlich hatte man da, wo die römischen Quellen selbst auf eine *exceptio pacti seu doli* zurückgriffen, diese anzuwenden. Damit blieb die *exceptio doli*, obwohl sie in der Praxis, soweit mir ersichtlich ist, eine verhältnismäßig geringe Rolle gespielt zu haben scheint, dennoch aus Tradition als geläufige Denkform erhalten<sup>21</sup>. Die Literatur des deutschen *usus modernus* bietet daher eine beachtenswerte Zweispurigkeit: einerseits war nunmehr eine formlose, auf die Abänderung oder Aufhebung eines Schuldverhältnisses gerichtete Abrede *ipso jure* wirksam, andererseits blieb aber die Rechtsfigur der *exceptio pacti seu doli*, als Denkform, sogar vielleicht als reine Sprachform erhalten<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> LAUTERBACH, Collegium Pandectarum theorico-practicum (ed. sexta Tubingae 1684), Bd. I, zu D. 14 *de pactis*; vgl. ferner SAMUEL STRYK, Usus modernus pandectarum (Ed. 7. Halae Magdeb. 1746), zu D. 2. 14. S. 1 ff.; GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten ... Bd. IV (Erlangen 1796), § 311—312.

<sup>21</sup> In allen Lehrbüchern des deutschen *usus modernus* fand die Lehre der *exceptio doli* eine ausführliche Behandlung. Es sei hier nur auf HEINECCIUS, Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum (Ed. 5 Francofurti 1747), § 374 ff.; HELLFELD, Iurisprudentia forensis secundum pandectarum ordinem in usum auditorii proposita (Jenae 1787), § 1895, S. 744 ff., verwiesen. Insbesondere wurde die Anwendung der *exceptio doli in subsidium* der *exceptio pacti* behandelt. Vgl. J. SCHILTERIUS, Praxis juris romani in foro germanico (Ed. quarta emendata, Francofurti ad Moenum 1733), Bd. I, Exercitatio VIII De pactis § 25 „... Vt enim verissimum, pactum inualidum non parere exceptionem pacti, ita nec doli, sed cum pactum ex duorum consensu factoue constet, animaduertendum est, alterius horum factum ac voluntatem aliquem effectum producere, videlicet vt ne quis contra factum proprium in fraudem alterius venire possit. Igitur non ex pacto, quod non est, sed ex facto, quod est, exceptio doli oritur...“. § 27 „... Atque hanc ipsam seu doli seu in factum exceptionem iure hodierno Germanorum pari modo obtinere, eo minus dubii nobis esse debet, quo propensius illud in remedia fidei seruandae gratia inuenta nouimus. Haec de pactis liberatoriis“.

<sup>22</sup> Obwohl die Wirksamkeit *ipso jure* der *pacta* nunmehr anerkannt war, blieben die römischen Denkformen erhalten. So bemerkt z. B. SCHILTERIUS, a.a.O. § 27 „... Ita enim sit per isthanc iuris Germanici regulam, vt hactenus par ratio sit actionis & exceptionis in

## III.

1. Im vom Willensdogma getragenen naturrechtlichen Privatrechtssystem hatte auch die Frage der Abänderung oder Aufhebung einer Vertragsbestimmung ihre endgültige systematische Einordnung gefunden. Dieses System, das das Privatrechtsdenken des 19. Jahrhunderts beherrschte, geht von dem Gedanken aus, daß die Rechtsverhältnisse in erster Linie durch Handlungen der Subjekte geschaffen und verändert werden<sup>23</sup>. Daraus ergibt sich, daß Rechtsänderungen dadurch zustande kommen können, daß entweder zwei Rechtssubjekte einen Vertrag schließen oder aber daß der eine Güter des anderen verletzt und sich dadurch schadenersatzpflichtig macht. Umgekehrt heißt es aber auch, ebenso wie ein Rechtsverhältnis durch eine Willenseinigung zustande kommt, es genauso nur durch eine andere Willenseinigung geändert oder aufgehoben werden kann.

2. Diese systematische Grundlage war den römischen Quellen ganz fremd. Für korrigierende material-ethische Erwägungen gibt es in einem solchen System eigentlich keinen Raum mehr<sup>24</sup>: allerdings treten immer wieder im Rahmen der Sachverhalte, die das Privatrecht zu beurteilen hat, Fälle auf,

*factum, & liberatorii ac obligatorii pacti. Vtrobique enim promissor contra fidem datam & factum proprium venit, licet consensus expressus alterius, cui obligationem quaeri intenditur, ab initio deficiat...*“. Selbst ein Vertreter des Naturrechts wie PUFENDORF, *De iure naturae et gentium* (Ed. von MASCOVIUS, Frankfurt-Leipzig 1759 [Neudruck Frankfurt 1967], Lib. V, cap. 10, § 6, bemerkt „... Pacta et interuallo adiecta quibuscunque contractibus, si sint negatiua, et obligationi aliquid detrahentia, adeoque in fauorem debitoris siue rei cedant, caeteris paribus sunt valida, reoque ad exceptionem prosunt. Sic post mutuum reipsa contractum ex interuallo conueniri potest inter creditorem et debitorem de differenda solutione, de mutando loco solutionis, de natura pecuniae, de remittendis usuris...“. Manchmal bleibt die römische exceptio pacti nur als eine sprachliche Erinnerung. So spricht GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten ..., Bd. IV, S. 96, zu D. 2. 14. 2, von einer „Einrede des Vertrages“. Ähnlich räumt OAG Kiel 17. April 1852 in Seuffert's Archiv Bd. 10 (1856), Nr. 145, S. 191 noch im 19. Jahrhundert dem Beklagten eine „Replik der Genehmigung“ ein.

<sup>23</sup> Dazu, grundlegend, WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>2</sup> (Göttingen 1967), S. 294 ff.; COING, *Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, in Vom deutschen zum europäischen Recht. Fest. Dölle* (Tübingen 1963), I, S. 25 ff.; derselbe, *Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert...*, S. 17 ff.; vgl. ferner OURLIAC et DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit. Les obligations* (Paris 1957), II, S. 97 ff.; ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français* (Paris 1969), S. 197 ff.; CARBONNIER, *Théorie des obligations* (Paris 1963), S. 80 ff. In der älteren Literatur vgl. BOISTEL, *Le Code civil et la philosophie du droit, in Le Code civil 1804—1904. Livre du centenaire* (Paris 1904), I, S. 47 ff., insbesondere S. 58 ff.; TISON, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français* (Paris 1931), insbesondere S. 43 ff.

<sup>24</sup> Vgl. COING, *Das Verhältnis...*, S. 18 ff.

in denen Rechtswirkungen aus Gründen der Gerechtigkeit oder der Zweckmäßigkeit notwendig werden und die weder auf einen Vertrag noch auf eine unerlaubte Handlung zurückzuführen sind. Bei der Entwicklung des römischen Vertragsrechtes stellte die ethische Vorstellung der *bona fides* einen Faktor von außerordentlicher Bedeutung dar<sup>25</sup>. Oben ist darauf hingewiesen worden, wie gerade die *exceptio pacti seu doli* bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses den Ausweg bot, um einer formalistischen Auslegung des *pactum* und letzten Endes dem widersprüchlichen Verhalten des Gegners entgegenzutreten.

In der naturrechtlichen Privatrechtstheorie, die die Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts beherrscht, sind solche Erscheinungen nicht einzuordnen. Insbesondere ist nicht einzuordnen die römische *bona fides* als schöpferisches und ethisches Element bei der Abwicklung der Rechtsverhältnisse. Es kommt nicht von ungefähr, daß die aus der Aufklärung stammenden Kodifikationen weder die *exceptio doli generalis* noch eine entsprechende Generalklausel kannten<sup>26</sup>. Als moralischer Grundwert des Privatrechts erscheint

<sup>25</sup> Statt aller KUNKEL, Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, in Fest. KOSCHAKER (Weimar 1939), II, S. 1—15.

<sup>26</sup> In den aus der Aufklärung stammenden Kodifikationen wird der Grundsatz von Treu und Glauben nicht erwähnt. § 250, I, 5 ALR lautet: „In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalte erfüllt werden.“ Ähnlich lautet § 902 ABGB „Verträge müssen zu der Zeit, an dem Orte und auf die Art vollzogen werden, wie es die Parteien verabredet haben“. Beachtenswert was dazu ZEILLER, Das natürliche Privatrecht (Wien 1808), § 117, S. 150, bemerkt: „... hauptsächlich ... denkt man sich unter der Billigkeit bey Entscheidungen über Vertragsrechte die Verwilligung solcher Ausnahmen von dem strengen Inhalte des Vertrages. (...) Daß er (der Richter) aber eigenmächtig die Billigkeit an die Stelle des Rechtes setzen soll, ist eine widerrechtliche Forderung, wodurch alle Sicherheit der Verträge ... zerstört werden würde.“ Wie SCHUSTER, Theoretisch-praktischer Kommentar über das ABGB für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie (Prag 1818), S. 158, besonders bemerkt, hatte der österreichische Gesetzgeber „nicht, gleich dem römischen Rechte, den Richter auf die natürliche Billigkeit, sondern auf das Naturrecht angewiesen“. Auch in dem französischen ancien droit wurde die *bonne foi* nur als Grundsatz der Einhaltung des Parteienwillens verstanden. GUI DU ROUSSEAU DE LA COMBE, Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier par ordre alphabétique (5. Aufl. Paris 1766) bemerkt (zu „bonne foi“, S. 58) „... bonae fidei nihil magis congruit, quam praestari id, quod inter contrahentes actum est“. Art. 1134, 3 Code civil, bestimmt: „(les conventions) ... doivent être exécutées de bonne foi“. Allerdings wurde diese Vorschrift auch als Wiederholung des Satzes „les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“ (Art. 1134, 1) verstanden. Dazu statt aller J. C. F. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, Bd. 24, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général, I (3. Aufl. Paris). S. 376 „... c'est toujours le devoir du juge ... d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution, conformément à l'intention des parties“. Die Ansicht von BECK, Zu den Grundprinzipien der *bona fides* im römischen Vertragsrecht, in Aequitas und bona

vielmehr die Freiheit des einzelnen. Die privatautonome Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch freie Willensakte entspricht der sittlichen Entfaltung der Einzelpersönlichkeit und findet damit in sich selbst ihre ethische Rechtfertigung. Mit anderen Worten, nur was durch freie Willensakte bestimmt wird, entspricht den Erfordernissen der Gerechtigkeit. Wenn man umgekehrt anerkennt, daß es auch andere – insbesondere ethische – Elemente gibt, welche die Rechtsverhältnisse gestalten können, werden diese Elemente im einzelnen nicht genauer analysiert. Vielmehr ist man bemüht, alle damit verbundenen privatrechtlichen Wirkungen auf freie menschliche Handlungen zurückzuführen. In solchen Fällen sind daher Lehre und Gerichte immer bestrebt, entweder einen stillschweigenden Vertrag oder eine widerrechtliche Rechtsverletzung zu entdecken<sup>27</sup>.

3. In diesem Zusammenhang kommt der Rechtsfigur der stillschweigenden Willenserklärung eine besondere Bedeutung zu. Kehren wir zu der am Anfang geschilderten französischen Entscheidung zurück. In der damaligen französischen Rechtsprechung sind unzählige nahezu gleichartige Urteile zu finden. Der typische Sachverhalt, mit dem sich diese Judikatur befaßt, läßt sich in wenigen Worten umreißen. In einem Dauerschuldvertrag versucht der Gläubiger, durch Einfügung einer Kündigungs- oder Auflösungsklausel sich eine möglichst große Gewähr für die Einhaltung einer Vertragsbestimmung zu verschaffen. Gleichwohl macht der Rechtsinhaber die Verletzung der Vertragsbestimmung und die damit verbundene Kündigungs-klausel erst geltend, nachdem er selbst durch positives Verhalten, Andeutungen, mündliche Erklärungen sogar, das Vertrauen des anderen erweckt und verstärkt hat, daß er die Einhaltung der Vertragsbestimmung nicht verlangen und sich nicht auf die Klausel berufen werde.

In der Regel macht eine Schriftformklausel die Abänderung des Vertrages von dem schriftlich gegebenen Einverständnis der Parteien abhängig, so daß grundsätzlich keine rechtliche Relevanz den oben geschilderten Umständen

fides. Festgabe für Simonius (Basel 1955), S. 26 und zuletzt von CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato* (Milano 1970), S. 27–30, daß Art. 1134, 3 code civil bei der Überlieferung der *exceptio doli* anknüpft, scheint mir bedenklich. Das ancien droit kannte die *exceptio doli generalis* nicht. In den romanischen Rechtsordnungen ist dieser Zustand festgehalten worden. Heute noch ist die *bona fides* von Theorie und Praxis nicht zu einem allgemeinen und beherrschenden Prinzip entwickelt worden.

<sup>27</sup> Dazu COING, *Das Verhältnis . . .*, S. 18; in der älteren Literatur vgl. F. v. HIPPEL, *Zur Gesetzmässigkeit juristischer Systembildung* (Berlin 1930), S. 22; DÖLLE, *Außergesetzliche Schuldspflichten*, in *Zeit. für die ges. Staatswissenschaft* Bd. 103 (1943), S. 75; SUPERVIELLE, in *Rev. int. de droit comparé* 1952, S. 571, OURLIAC et DE MALAFOSSE, a.a.O., S. 98.

beizumessen wäre. Normalerweise wiesen jedoch die französischen Gerichte die Berufung auf die Kündigungs- oder Auflösungsklausel als unbegründet zurück<sup>28</sup>. Aufschlußreich ist ein Urteil der französischen Cour de Cassation von 1891<sup>29</sup>.

In einem Versicherungsvertrag war die Bestimmung enthalten, daß die Versicherungsprämien eine Bringschuld seien und der Verzug des Versicherten mit der Bezahlung den Versicherungsvertrag außer Wirksamkeit setze. Dennoch hatte die Gesellschaft regelmäßig mehrere Jahre lang ihren Agenten zu den Versicherten geschickt, auch nachdem die Zahlungsfristen schon abgelaufen waren, um die verfallene Prämie abzuholen. Als sich einmal der Agent nicht gemeldet hatte, bezahlte der Versicherte die Prämie nicht und geriet in Verzug. Die Berufung auf die Kündigungsklausel wurde von der Cour de Cassation abgewiesen, die in dem mehrjährigen Verhalten der Versicherungsgesellschaft ihre stillschweigende Zustimmung zu einer Abänderung des Vertrages und ihren Verzicht auf die Kündigungsklausel erblickte. In der Entscheidung wird unter anderem bemerkt:

„La prime stipulée portable, dans une police d'assurance contre l'incendie peut être rendue quérable par une convention tacite, qui a pour effet de rendre inapplicable la déchéance de plein droit stipulée pour le cas de non-paiement de la prime (c. c. 1134). La convention tacite peut résulter de ce que la Comp. a pris l'habitude de faire réclamer les primes par ses agents au domicile des assurés postérieurement aux échéances.“

Die Annahme eines stillschweigenden Verzichts stellt offensichtlich eine Fiktion dar. Die Entscheidung hätte sich sonst auch schwer mit den Grundsätzen vereinbaren lassen, die das europäische Privatrechtsdenken des 19. Jahrhunderts beherrschten. Entsprechend solcher Grundsätze wurde gelehrt, daß der Inhaber eines subjektiven Rechts dieses innerhalb der Verjährungsfrist zu jedem Zeitpunkt ausüben könne, den er für günstig oder angemessen halte. Die damaligen Juristen schenken deshalb dem Umstand

<sup>28</sup> Vgl. in der damaligen französischen Rechtsprechung im Falle einer Verwirkungsklausel bei einem Versicherungsvertrag Cass. civ. 3. 5. 1852 und Cass. civ. 15. 6. 1852, in Sirey 1852, 1, S. 560; Bordeaux 25. 3. 1852, Dalloz per. 1853, 2, S. 212; Rouen 16. 3. 1853, ebd.; Orléans 23. 3. 1861, Dalloz per. 1861, 2, S. 78; Paris 12. 5. 1862 und Cass. civ. 10. 6. 1863 in Dalloz 1863, 1, S. 407; Paris 18. 6. 1868, Dalloz 1868, 2, S. 184; Cass. civ. 31. 1. 1872, Dalloz 1873, 1, S. 86; Cass. civ. 30. 8. 1880, Dalloz 1880, 1, S. 464. Im Falle einer Auflösungsklausel eines Mietvertrages, beachtenswert Cass. Req. 19. 6. 1839, Sirey 1839, 1, S. 432; Cass. civ. 28. 6. 1859, Sirey 1860, 1, S. 447; Colmar 12. 4. 1864 in Sirey 1864, 2, S. 285; Cass. Req. 23. 5. 1870, Sirey 1870, 1, S. 283; Chambéry 1. 6. 1887 in Dalloz 1888, 2, S. 38.

<sup>29</sup> Vgl. Cass. civ. 4. 11. 1891, Sirey 1891, 1, S. 532.



keine Beachtung, daß auch das Vertrauen eines anderen schutzwürdig ist, der sich aufgrund des Verhalten des Rechtsinhabers darauf verlassen hatte, dieser werde von seinem Recht keinen Gebrauch machen oder eine Verletzung dulden. In einem System, das vom Willensdogma beherrscht ist, ist das Verhalten einer Person nur insoweit von rechtlicher Bedeutung, als es Ausdruck ihres rechtsgeschäftlichen Willens ist. Bei einer Durchsicht der damaligen, nicht nur französischen Literatur fällt auf, mit welchem Nachdruck hervorgehoben wird, daß ein Verzicht durch konkludentes Handeln nur dann anzunehmen sei, wenn völlige Gewißheit über das tatsächliche Vorhandensein eines Willens zur Aufgabe dieses Rechts bestehe; ein Gedanke, der sich auch darin zeigt, daß ein stillschweigender Verzicht niemals vermutet werden dürfe<sup>30</sup>. Allerdings setzt sich die Praxis über solche Grundsätze nicht selten hinweg. Eine stillschweigend erfolgte Abänderung der Vertragsbestimmung und der manchmal damit verbundene stillschweigende Verzicht auf die Schriftform bieten häufig den Ausweg, einem widersprüchlichen Verhalten des Rechtsinhabers entgegenzutreten. Bei der Prüfung, ob das Verhalten des Rechtsinhabers mit dem Willen, das Recht zu bewahren, vereinbar sei, werden nicht so sehr die Absicht des Inhabers als vielmehr die Erforder-

<sup>30</sup> Dazu bietet einen historischen Überblick SACCO, zu „Affidamento“, in *Enciclopedia del Diritto*, Bd. I (Milano 1958), S. 661 ff. Der Satz, daß ein stillschweigender Verzicht nur aus einem Verhalten hergeleitet werden kann, das den Willen, das Recht aufzugeben, unzweideutig zum Ausdruck bringt, stellt in dem europäischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts einen *locus communis* dar. Im französischen Recht, vgl. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* (5. Aufl. Paris 1828), Bd. 14, zu „Renonciation“, § 3, S. 568 „... pour que le faits emportent renonciation, il faut qu'il en résulte une volonté manifeste de renoncer, c'est à dire que ces faits soient directement et à tous égards, contraires au droit dont il s'agit“. Vgl. ferner TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code — De la prescription I* (Paris 1835), S. 60 ff. Im österreichischen Recht vgl. WINI-WARTER, Das österreichische bürgerliche Recht systematisch dargestellt und erläutert<sup>2</sup> (Wien 1844), Bd. 4, zu § 863 ABGB, S. 9 ff.; in der deutschen Literatur vgl. HOLZSCHUHER, *Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. Ein Handbuch für Praktiker* (3. Aufl. herausg. von KUNTZE, Leipzig 1863), Bd. I, S. 140; in der deutschen Rechtsprechung beachtenswert in diesem Zusammenhang OAG Strelitz 11. 5. 1861 in Entscheidungen des Großherzoglich Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts, herausg. von BUCHKA und BUDDE, Bd. 4 (1862), S. 192 (insbesondere S. 195). Vgl. ferner OAG Lübeck 20. 5. 1857, in Seuffert's Archiv Bd. 14 (1861), S. 371; OLG Oldenburg 27. 10. 1886, ebd. Bd. 44 (1889), S. 398; OAG Lübeck 1833 (Rösing c. Lautensack und Jahncke), in Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, von THÖL (Göttingen 1857), S. 39: „... die Regel, daß Verzichte nicht vermuthet werden, und daß es innerhalb der Verjährungszeit jedem freisteht, wie lange er mit der Anstellung seiner Klage warten will...“. Vgl. mit weiteren Hinweisen WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>9</sup> (Frankfurt 1906), Bd. I, S. 318, 338; WALSMANN, *Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht* (Leipzig 1912), S. 202.

nisse des Vertrauensschutzes im Hinblick auf Treu und Glauben herangezogen. Man liest diese Auffassung mehr zwischen den Zeilen, aber es handelt sich um nichts anderes als den Versuch, die *bona fides* zur Geltung zu bringen. Manchmal wird diese *ratio decidendi* ausdrücklich in der Entscheidungsbegründung erwähnt. Es ist aufschlußreich, was z. B. in einem Urteil<sup>81</sup> als obiter dictum bemerkt wird:

„... une telle convention ne saurait être prise dans un sens absolu, comme laissant à la compagnie la faculté de déroger à la convention dans son intérêt ... et comme lui donnant en même temps le droit de décliner les conséquences de la dérogation ... elle (la convention) pourrait ainsi donner lieu à des surprises contraires à cette bonne foi dont les parties ont fait la condition même de leurs conventions ...“.

4. Die oben geschilderte Praxis stellt im 19. Jahrhundert eine gesamteuropäische Erscheinung dar. Genauso wie in der französischen sind auch in der belgischen<sup>82</sup>, italienischen<sup>83</sup>, spanischen<sup>83a</sup>, holländischen<sup>84</sup> und österreichischen<sup>85</sup> Judikatur Urteile zu finden, in denen eine fingierte stillschweigende Willenserklärung den Ausweg bietet, um eine von der *bona fides* geforderte Lösung zu begründen. Dasselbe gilt auch für die deutsche Praxis, worauf ich bald zurückkommen werde. Damit werden wir mit einer beachtenswerten historischen Entwicklung konfrontiert. Wie oben dargelegt wurde, ist für

<sup>81</sup> Paris 18. 6. 1868, Dalloz 1868, 2, S. 184. Es ist beachtenswert, daß LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome 16 (Bruxelles-Paris 1875) diese Judikatur mit Hinweis auf Art. 1134, 3 cod. civ. erklärt. Ähnlich PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé* (Paris 1923), Bd. II, S. 35 ff.

<sup>82</sup> Vgl. Tribunal civil Huy 27. 1. 1881 in *Pasicrisie* 1881, III, 153; Tribunal civil de Liège 3. 11. 1906, ebd. 1907, III, 70; Tribunal civil de Bruxelles 17. 3. 1914, ebd. 1914, III, 180. Vgl. ferner N. (52a).

<sup>83</sup> Vgl. Supremo consiglio di giustizia di Modena 16. 8. 1788, in *Collezione delle massime di diritto stabilite dal supremo consiglio di giustizia di Modena*, Bd. VI (Modena 1836), S. 245; vgl. ferner Cass. Napoli 15. 5. 1897, in *Giurisprudenza italiana* 1897, I, 1, Sp. 1063 ff.; Cass. Milano 21. 6. 1865, ebd. 1865, I, Sp. 426—427.

<sup>83a</sup> Vgl. JOSÉ PUIG BRUTAU, zu „Actos propios“, in: *Nueva Enciclopedia Jurídica II* (Barcelona 1950) S. 348 ff., der über die spanische Judikatur bemerkt „... no se trata, propiamente, de una renuncia tácita, aunque nuestra jurisprudencia en ocasiones involucra ambos conceptos (sentencias del Tribunal Supremo 3. 7. 1876; 1. 3. 1904; usw)“.

<sup>84</sup> Vgl. Nijmwegen 20. 6. 1843 in *Nederlandsche Pasicrisie*, zu „Huur en Verhurr“ Nr. 270, wo ein stillschweigender Verzicht auf eine Auflösungsklausel fingiert wird.

<sup>85</sup> Vgl. Österr. Oberster Gerichtshof 25. 6. 1857, in PEITLER, *Sammlung von Entscheidungen zum ABGB* ... vom Jahre 1813 bis Ende 1859 (2. Aufl. Wien 1860), Nr. 648, S. 562; Oberlandesgericht Brünn 23. 8. 1853, ebd. Nr. 650, die ebenfalls auf die Fiktion eines stillschweigenden Verzichts zurückgreifen, um die Geltendmachung einer Vertragsklausel als unbegründet abzuweisen. Vgl. ferner N. (46).

material-ethische Erwägungen in einem vom Willensdogma getragenen System kein Raum mehr. In der Regel ist man bemüht, alle Rechtswirkungen auf freie menschliche Handlungen zurückzuführen. Oben ist darauf hingewiesen worden, wie gerade in dem späteren *usus modernus* die Rechtsfigur der *exceptio pacti seu doli* keine systematische Einordnung mehr fand und statt dessen dem Willen der Parteien zu einer Wirksamkeit *ipso jure* verholten wurde. Dadurch aber, daß der Grundsatz der *bona fides* unter das Willensmoment subsumiert wurde, fand gleichzeitig eine umgekehrte Entwicklung statt: durch die Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung treten wieder die Lösungen hervor, welche in den römischen Quellen durch den Grundsatz der *bona fides* und durch die kasuistische Anwendung der *exceptio pacti seu doli* ihre Rechtfertigung fanden<sup>36</sup>.

#### IV.

1. Auch in Deutschland stellte der naturrechtliche Grundsatz, daß der freie Wille der Rechtsinhaber die eigentlich bewegende Kraft in der Gestaltung und in der Abwicklung der Rechtsverhältnisse sei, einen der tragenden Gedanken des Privatrechtsdenkens im 19. Jahrhundert dar<sup>37</sup>. Allerdings zeigt

<sup>36</sup> Schon bei den Kompilatoren wurde häufig auf ein *pactum tacitum* zurückgegriffen, in den Fällen insbesondere, in denen nach klassischem Recht eine *exceptio doli* gewährt worden war. Dazu statt aller KOSCHAKER, Bedingte Novation und Pactum im römischen Recht, in Fest. Hanausek (Graz 1925), insbesondere S. 151 ff.; STEINWENTER, Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte, Studi Bonfante (Milano 1930), II, insbesondere S. 425, Anm. 20, mit umfangreichen Hinweisen. Diese Tendenz geht deutlich im vom Naturrecht beeinflussten späteren *usus modernus* hervor. Vgl. DADINO ALTESERRA, De fictionibus iuris tractatus quinque (Parisii 1659), insbesondere Tract. III, cap. 9, S. 120; POTHIER, Pandectae justinianae in novum ordinem digestae (nov. ed. Lugduni 1782), der zu D. 44. 4. 4., § 12 (wo eine *exceptio doli* gewährt wird) bemerkt: „... consentiendo enim ut fundus venderetur, videtur tacite pactus ne usumfructum peteret“. Vgl. ferner WACHTL, Dissertatio teorica-practica de exceptionibus (Viennae 1729), cap. III, S. 83: „... exceptio haec (doli) non solum ex pacto expresse, sed etiam ex pacto tacito nascitur, cum eadam videatur, quoad exceptionem producendam, pacti taciti, quae pacti expressi vis ac potestas“. Über die Wechselbeziehungen zwischen der Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung und der *bona fides*, vgl. MEIJERS, Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring, in Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, Bd. III (Leiden 1955), S. 277 ff., insbes. S. 287; PERREAU, Technique de la jurisprudence, Bd. II, S. 35 ff.; W. C. J. VAN LEEUWEN, Normas morales y reglas de interpretación en el derecho de contratos, in Revista del Instituto de derecho comparado, Barcelona 1954, Heft 2, S. 123 ff. Schon EHRLICH, Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin 1893 (Neudruck Aalen 1970), insbes. S. 288 ff. hatte darauf aufmerksam gemacht, wie die stillschweigende Willenserklärung eine Fiktion darstellen kann, um den Grundsatz der *bona fides* zur Geltung zu bringen.

<sup>37</sup> Vgl. SINTENIS, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. II, Das Obligationenrecht (Leip-

die damalige deutsche Praxis im Vergleich mit der übrigen kontinental-europäischen Privatrechtswissenschaft ein differenziertes Bild. In Deutschland hatte die Rechtsfigur der *exceptio doli generalis* mit dem gesamten römischen Recht Geltung behalten. Bei einer formalen Rechtsauffassung, welche auch das Privatrechtsdenken der deutschen Pandektistik beherrschte, blieb allerdings der Zugang zu einer material-ethischen Bewertung rechtlicher Vorgänge, wie sie etwa die römische Vorstellung der *bona fides* bot, in großem Umfang versperrt. Soweit mir ersichtlich ist, hat diese Rechtsfigur im 19. Jahrhundert in der deutschen Privatrechtswissenschaft eine verhältnismäßig geringe Rolle gespielt<sup>38</sup>. Jedoch stellte die *exceptio doli* und die damit verbundene Kasuistik, insbesondere durch die Überlieferung des deutschen *usus modernus* (wie oben geschildert worden ist), eine geläufige Denkform der Praxis dar. Natürlich hatten die deutschen Gerichte da, wo die römischen Quellen selbst auf die ethische Wertvorstellung der *bona fides* zurückgriffen, die Folgerung anzuwenden, die in der Kasuistik des römischen Rechts daraus gezogen worden waren<sup>39</sup>. Dies geht nicht nur aus der historisch

zig 1847), § 107, S. 475; BRINZ, Lehrbuch der Pandekten<sup>2</sup> (Erlangen 1873), Bd. I, § 111, S. 381: „... heute wäre diese Praxis der bloß exceptionelle Aufhebung selbst dann antiquirt, wenn wir den Gegensatz des *ipso jure teneri* und *ope exceptionis non teneri* noch hätten; denn ein bloßes *pactum* genügt heute auch zur Neubegründung von Ansprüchen; allein überdies ist heute, wer überhaupt befreit ist, schlechthin befreit“. Vgl. ferner WENDT, Lehrbuch der Pandekten (Jena 1888), § 96, S. 260; EISELE, Die materielle Grundlage der Exceptio (Berlin 1871), S. 129.

<sup>38</sup> HÄNEL, Ueber das Wesen und den heutigen Gebrauch der Actio und exceptio doli, AcP 1829, S. 408 ff., insbes. S. 423 über die *exceptio pacti seu doli*; HEIMBACH, zu: Exceptio doli, in Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, redigiert von J. WEISKE, Bd. 3 (Leipzig 1841), S. 709 ff.; ALBRECHT, Die Exceptionen des gemeinen teutschen Civilprozesses geschichtlich entwickelt (München 1835), S. 179 ff., die einschränkend die *exceptio doli* nur in der, aus den römischen Quellen entstandenen Kasuistik, gewähren. Im späteren gemeinen Recht, von geringfügigen Unterschieden der Ansichten einzelner Autoren abgesehen, herrscht grundsätzlich die Tendenz vor, die *exceptio doli generalis* völlig abzulehnen. Statt aller, RÖMER, Die exceptio doli, insbesondere im Wechselrecht, in Zeit. für das ges. Handelsrecht 1875, S. 54 ff.; WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts<sup>9</sup> (Frankfurt 1906), § 47 mit weiteren Hinweisen. Dagegen REGELSBERGER, Pandekten (Leipzig 1893), S. 686. Dazu zuletzt COING, Das Verhältnis . . . , S. 27.

<sup>39</sup> Dies ist insbesondere bei praxisbezogenen Pandektenlehrbüchern wie etwa SENTENIS, a.a.O., feststellbar. Vgl. ferner KIND, Observationes forenses<sup>2</sup> (Lipsiae 1807), Bd. 4, cap. 59, S. 294; Appellationsgericht von Schwaben und Neuburg, 16. 10. 1847, in Sammlung interessanter Erkenntnisse aus dem gemeinen und bayer'schen Civil-Rechte und Prozesse, von ARENDS, Bd. 2 (1848), S. 328 ff. insbesondere S. 339 ff.; Oberappellationsgericht 18. 8. 1848, ebd. Bd. 2 (1848), S. 348 ff.; ZUM SANDE, Ueber die Wirksamkeit eines nach Eintritt der Verjährungseinrede abgeschlossenen *pactum de non petendo*, in Neues Magazin für hannoversches Recht Bd. 9 (Hannover 1869), S. 153 ff. insbesondere S. 157.

argumentierenden Pandektistik, sondern auch aus den Werken der pandektistisch geschulten Exegeten des preußischen ALR deutlich hervor<sup>40</sup>.

2. Kehren wir zu der am Anfang geschilderten deutschen Entscheidung zurück. Ich habe verschiedene Entscheidungssammlungen durchgesehen, die im 19. Jahrhundert in Deutschland publiziert worden sind, insbesondere die Bände von Seuffert's Archiv und die Sammlungen der Entscheidungen des preußischen Obertribunals sowie einige regionale Entscheidungssammlungen. Die Ausbeute aus einer Auswertung auch der vielen einschlägigen Entscheidungen ist verhältnismäßig geringfügig. Sie ermöglicht trotzdem einen aufschlußreichen Überblick darüber, wie die damalige Praxis auf ethische Wertvorstellungen – wie etwa die *bona fides* – bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses Bezug nahm. Auch in der deutschen Judikatur dieser Zeit sind viele Entscheidungen zu finden, die sich mit der oben geschilderten Kasuistik befassen. Normalerweise handelt es sich hier ebenfalls um Fälle, in denen sich der Kläger auf eine Auflösungs- oder Kündigungsklausel wegen einer Vertragsverletzung der anderen Partei beruft, nachdem er zu erkennen gegeben hatte, daß er die Klausel nicht geltend machen werde. In solchen Fällen neigte die deutsche Praxis des 19. Jahrhunderts ebenfalls dazu, die Geltendmachung der Kündigungs- oder Auflösungsklausel abzuweisen. Allerdings bietet die deutsche Judikatur hierüber ein differenziertes Bild. In einigen Fällen berufen sich auch die deutschen Gerichte auf eine stillschweigend erfolgte Abänderung des Vertrages, um die Klage als unbegründet abzuweisen<sup>41</sup>. In anderen Urteilen dagegen ging man davon aus, daß eine Abänderung der Vertragsbestimmungen nicht vorliege,

<sup>40</sup> Das aus der Aufklärung stammende ALR kannte die *exceptio doli* oder eine entsprechende Generalklausel nicht. Jedoch wurde die *exceptio doli* von den pandektistisch geschulten Exegeten des ALR manchmal herangezogen. Vgl. ECCIUS, Preußisches Privatrecht <sup>6</sup>(Berlin 1892) Bd. I, § 31; FÖRSTER, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts <sup>3</sup>(Berlin 1873), Bd. I, S. 160 und 584–585; REHBEIN-REINCKE, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten <sup>5</sup>(Berlin 1894), Bd. I, S. 216; FISCHER, Lehrbuch des preußischen Privatrechts (Berlin-Leipzig 1887), S. 43; vgl. ferner RG 20. 5. 1898, J. W. 1898, S. 425. Über die pandektistische Auslegung des ALR vgl. THIEME, Die preußische Kodifikation, ZS germ. Abt. 57 (1937), S. 355 ff. insbes. S. 409–411; KOSCHAKER, Europa und das römische Recht <sup>4</sup>(München 1963), S. 264. Es ist bemerkenswert, daß die deutsche Judikatur auch in den Fällen, in denen französisches Recht anzuwenden war, auf eine *exceptio doli* zurückgriff. Vgl. KRETSCHMAR, Das Rheinische Civilrecht in seiner heutigen Geltung <sup>4</sup>(Düsseldorf 1896) zu Art. 1134, S. 211. Vgl. ferner N. (52).

<sup>41</sup> Preußisches Obertribunal 9. 6. 1848, in: Erkenntnisse des Königlichen Obertribunals, herausg. von NEUMAN Bd. I (Berlin 1869), S. 527; Preußisches Obertribunal 12. 6. 1854, in: Entscheidungen des Königlichen Obertribunals Bd. 28 (1854), S. 102; Preußisches Obertribunal 16. 5. 1856, ebd. Bd. 32 (1856), S. 365.

aber dennoch dem Beklagten die Verteidigungsmöglichkeit einer *exceptio doli* zuerkannt werden sollte<sup>42</sup>.

Neben der am Anfang geschilderten Entscheidung ist ein anderes Urteil des preußischen Obertribunals erwähnenswert<sup>43</sup>. Nach einer Klausel eines Mietvertrages konnte das Mietverhältnis fristlos gekündigt werden, wenn der Mieter Fremde in der Wohnung aufnahm. Allerdings hatte der Vermieter die Auflösungsklausel geltend gemacht, nachdem er durch sein Verhalten und sogar durch mündliche Erklärungen zu erkennen gegeben hatte, daß er nicht an der Einhaltung des Verbots interessiert war. Die Begründung, mit der die Geltendmachung der Auflösungsklausel als unbegründet abgewiesen wurde, ist beachtenswert:

„... Zur Annahme eines dolosen Verhaltens des Klägers genügt es vielmehr, wenn er ... nicht nur das gestattete Halten von Schläfern gekannt und keinen Widerspruch dagegen erhoben, sondern auch selbst dem Miether erklärt hat: ‚er könne soviel Schläfer halten, als er wolle.‘ Denn alsdann hat Verklagter durch das Halten der Schläfer dem Miethsvertrage nicht, wie derselbe voraussetzt, ohne den Willen des Klägers entgegengehandelt; es geschah vielmehr mit seinem Wissen und Willen. ... so tritt Kläger mit dem, was es selbst geduldet und gewollt hat, und auf Grund dessen der Verklagte gehandelt hat, in Widerspruch, und in der Geltendmachung eines solchen Widerspruchs liegt das dolose Verhalten des Klägers.“

In diesem Falle machte eine Schriftformklausel die Abänderung des Vertrages von dem schriftlich gegebenen Einverständnis des Vermieters abhängig. Darüber hinaus ging die *communis opinio*<sup>44</sup> im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts dahin, daß bei Schriftform mündliche Nebenabreden unwirksam bleiben mußten, da die Form notwendig auf den gesamten Inhalt des Vertrages bezogen werden müsse und danach nichts gültig verabredet werden könne, als was mit in die Schriftform aufgenommen sei. Ähnlich lautete § 127, ALR I 5.

<sup>42</sup> Preußisches Obertribunal 15. 1. 1866, in: Archiv für Rechtsfälle, herausg. von STRIETHORST, Bd. 61 (1867), S. 325; Preußisches Obertribunal 27. 6. 1876, ebd. Bd. 99 (1879), S. 46; vgl. ferner Preußisches Obertribunal 3. 3. 1861 in Entscheidungen des Königlichen Obertribunals Bd. 45 (1861), S. 47, wo es sich um die dolose Geltendmachung eines Vorkaufsrechts handelt.

<sup>43</sup> Vgl. Preußisches Obertribunal 27. 6. 1876 a.a.O.

<sup>44</sup> Vgl. STOBBE, Handbuch des deutschen Privatrechts <sup>2</sup>(Berlin 1885), Bd. III, § 173, S. 132; WINDSCHEID-KIPP, a.a.O., Bd. II, § 312; THÖL, Das Handelsrecht <sup>6</sup>(Leipzig 1879), Bd. I, § 244, S. 765. Aus Formgründen wurde eine nachträgliche mündliche Nebenabrede als unwirksam angesehen z. B. in Preußisches Obertribunal 29. 4. 1853, in Entscheidungen des Königlichen Obertribunals Bd. 25 (1853), S. 388.

Nun hätte diese Auffassung dazu führen müssen, auch für nachträgliche Nebenabreden die Wiederholung der Form zu fordern. Allerdings setzte sich die deutsche Judikatur über einen solchen Grundsatz nicht selten hinweg. In dem oben erwähnten Urteil bot die *exceptio doli* den Ausweg, dem widersprüchlichen Verhalten des Klägers entgegenzutreten:

„Die schriftliche Form der Erlaubniß zu dem Halten von Schläfern könnte nur in Betracht kommen, wenn der Verklagte ein Recht in Anspruch nähme, auch für die Zukunft Schläfer zu halten. Hier aber, wo es sich um die Folge eines in der Vergangenheit liegenden Verhaltens des Verklagten handelt, kommt es auf jene Form nicht an, vielmehr enthält es ebenfalls ein doloses Verfahren, wenn Kläger die Bedeutung und Wirkung der von ihm gekannten, geduldeten und selbst gewollten Vergangenheit unter der gedachten schriftlichen Form beseitigen will.“

Nicht immer aber wurde die *exceptio doli* herangezogen<sup>45</sup>. In anderen nahezu gleichartigen Fällen greifen die Entscheidungen, um die Klage als unbegründet abzuweisen, auf eine stillschweigend erfolgte Aufhebung der Vertragsbestimmung zurück<sup>46</sup>. Natürlich stellt der stillschweigende Verzicht häufig eine Fiktion dar, wobei in Wahrheit auf den Grundsatz der *bona fides* Bezug genommen wird.

3. Damit bietet die deutsche Praxis des 19. Jahrhunderts eine beachtenswerte Zweispurigkeit. Bei einer Durchsicht der Judikatur fällt auf, wie die Gesichtspunkte einer stillschweigenden Willenserklärung und der *exceptio doli* häufig gleichzeitig herangezogen werden. So konnten z. B. nach der

<sup>45</sup> Eine *exceptio doli* wird in OAG Kiel 5. 6. 1855, in Seuffert's Archiv Bd. 11 (1857), N. 33, S. 43 gewährt.

<sup>46</sup> Über eine einschränkende Auslegung von § 127, I 5 ALR berichten ECCIUS a.a.O., Bd. I, S. 469; KOCH, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten (Berlin 1862) I, 1, S. 244. Ähnlich lautete § 887 ABGB (alte Fassung): „Wenn über einen Vertrag eine Urkunde errichtet worden ist: so ist auf vorgeschützte mündliche Verabredungen, welche zugleich geschehen seyn sollen, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen, oder neue Zusätze enthalten, kein Bedacht zu nehmen“. Allerdings setzte die österreichische Praxis sich über solche Vorschrift häufig hinweg. Es ist beachtenswert, daß die Judikatur in vielen Fällen davon ausging, daß die Parteien auf diese Regelung stillschweigend verzichtet hatten. Damit wurden mündliche, gleichzeitig oder nach dem Vertragsabschluß getroffene Nebenabreden als wirksam behandelt. Vgl. Österr. Oberster Gerichtshof 15. 4. 1875, in Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des K. K. obersten Gerichtshofes, Hrsg. von GLASER und UNGER, Bd. 13 (1881), Nr. 5691, S. 132; Oberster Gerichtshof 10. 3. 1870, ebd. Bd. 8 (1879), Nr. 3748, S. 101; Oberster Gerichtshof 11. 11. 1885, ebd. Bd. 23 (1888), Nr. 10 786, S. 573. Auch diese Judikatur stellt offensichtlich einen Versuch dar, die *bona fides* zur Geltung zu bringen. Vgl. KRASNOPOLSKI, Österreichisches Obligationenrecht, bearbeitet von KAFKA (Leipzig-Wien 1910), S. 86.

damaligen Praxis seit langer Zeit verfallene Forderungen nicht nachgefordert werden, wenn es Sache des Gläubigers gewesen war, sie zu fordern und er dies aus Rücksicht auf den Schuldner unterlassen hatte. In diesen Fällen wird in der Judikatur von einem stillschweigenden Schuldnerlaß gesprochen. Zugleich aber werden Digestenstellen herangezogen, die eine *exceptio doli* gewähren<sup>47</sup>. Diese Zweispurigkeit der Judikatur läßt sich in vielen anderen Urteilen verfolgen. In einigen Entscheidungen ging man davon aus, daß, wenn der Gläubiger einige Zeit lang geringere Zinsen angenommen hatte, als ihm zukamen, der Anspruch auf den höheren Zinsfuß als erloschen anzusehen war<sup>48</sup>. Ebenso wurde entschieden, daß, wenn der Gläubiger die Leistung von dem in Verzug geratenen Schuldner angenommen hatte, die aus dem Verzug entstandenen Ansprüche als erloschen anzusehen waren. Damit wurde die Berufung auf eine Auflösungsklausel oder die Geltendmachung einer Vertragsstrafe als unbegründet abgewiesen. Eine Durchsicht dieser Urteile zeigt, wie die beiden Argumente eines stillschweigenden Verzichts und einer *exceptio pacti seu doli* sich normalerweise treffen<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Vgl. OAG Rostock 7. 3. 1864 in Seuffert's Archiv Bd. 18 (1865), Nr. 123, S. 196 ff., wo ein stillschweigender Verzicht angenommen wird. Zugleich wird jedoch darauf hingewiesen, daß die Klägerin „durch ihr fortwährendes Schweigen ihren Ehemann (Schuldner) getäuscht und zu größeren Verwendungen veranlaßt hat“. In einem ähnlichen Fall lehnt OLG Oldenburg 27. 10. 1886 in Seuffert's Archiv, Bd. 44 (1889), Nr. 247, S. 398, dagegen, vom Willensdogma befangen, einen stillschweigenden Verzicht ab.

<sup>48</sup> Vgl. OAG Dresden 18. 2. 1850 in Seuffert's Archiv Bd. 6 (1853), Nr. 164, S. 218, wo eine *exceptio pacti seu doli* gewährt wird. Vgl. ferner SINTENIS, a.a.O., Bd. II, § 87, S. 98, der von einem stillschweigenden Verzicht spricht und zugleich D. 22. 1. 13 *pr.* heranzieht, wo eine *exceptio doli* gewährt wird. Auch GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Ein Kommentar, Bd. 21 (Erlangen 1820), S. 70, bemerkt darüber: „... es liegt hier ein stillschweigender Vertrag zu Grunde, welcher dem Schuldner die *exceptio doli* giebt“; KRITZ, Sammlung von Rechtsfälle und Entscheidungen derselben (Leipzig (1839), S. 304: „... allemal, wo ... dem Schuldner Gestundung ist gegeben worden, dies entweder mittelst besonderer Uebereinkunft oder mittelst einer, die Absicht Gestundung zu geben unzweideutig darlegenden Handlung, und für eine solche gilt die Annahme auf einen gewissen Zeitraum im Voraus berechneter Zinsen: da findet allemal *exceptio doli* statt;“. So auch die Praxis des deutschen *usus modernus*: vgl. WERNHER, *Selectae observationes forenses* (ed. noviss. Ienae 1738), tomus II, *Observatio CCCXCI*, S. 66; KIND, *Quaestiones forenses observationibus ac passim decisionibus elect. sax. supremi provocationum Tribunalis collustratae* <sup>1</sup>(Lipsiae 1792), Bd. I, cap. 85, S. 325; KIND, a.a.O., <sup>2</sup>(Lipsiae 1807), Bd. 4, cap. 60, S. 270; MALBLANC, *Principia iuris romani secundum ordinem Digestorum* (Tubingae 1801), § 263, Bd. I, S. 385.

<sup>49</sup> Im Falle einer Vertragsstrafe vgl. Obergericht Wolfenbüttel 5. 1. 1863 in Seuffert's Archiv Bd. 16 (1863), Nr. 206, S. 344; OAG Dresden 24. 4. 1865, ebd. Bd. 19 (1866), N. 137, S. 227; vgl. ferner SINTENIS a.a.O. Bd. II, § 88, S. 121; WOLFF, *Die Lehre von der Mora* (Göttingen 1841), S. 220. Im Falle der Geltendmachung einer Auflösungsklausel, vgl. OAG Kiel 17. 4. 1852, in Seuffert's Archiv Bd. 10 (1856), Nr. 145, S. 191; Kassationshof Wolfen-



Darüber hinaus ist eine reichhaltige Judikatur im Versicherungsrecht bemerkenswert. Sie betrifft dieselbe Kasuistik, deren Problematik bereits oben anhand verschiedener französischer Entscheidungen erwähnt worden ist: Eine Versicherungsgesellschaft macht eine mit einer Policebestimmung verbundene Unwirksamkeits- oder Verwirkungsklausel geltend, nachdem sie durch ihr eigenes Verhalten den Versicherungsnehmer veranlaßt hatte, diese Policebestimmung nicht einzuhalten. Die deutschen Gerichte, ähnlich wie die damalige französische Rechtsprechung, weisen die Berufung auf die Klausel als unbegründet zurück. Die Urteile berufen sich auf eine stillschweigend erfolgte Aufhebung der Vertragsbestimmung. Gleichzeitig aber wird eine *exceptio doli* häufig dem Versicherungsnehmer eingeräumt<sup>50</sup>.

büttel 20. 12. 1859, ebd. Bd. 14 (1861), N. 126, S. 201, wo bemerkt wird: ... „die beiden Vorentscheidungen ... befinden sich auch in Übereinstimmung mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen über stillschweigenden Consens und über die als notwendigstes Element des Handelsverkehrs zu betrachtende *bona fides*“; Obergericht Wolfenbüttel 17. 12. 1872, ebd. Bd. 28 (1873), Nr. 122, 198, wo ein stillschweigender Verzicht angenommen wird und gleichzeitig bemerkt wird „... wonach es dolos erscheint, auf Geltendmachung des Kündigungsrechts zu beharren.“; Obertribunal Berlin 23. 11. 1874, ebd. Bd. 31 (1876), Nr. 34, S. 40; OLG Frankfurt 5. 10. 1889, ebd. Bd. 46 (1891), Nr. 121, S. 198; Oberster Gerichtshof für Bayern, 14. 4. 1874, in Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern, Bd. 4 (1875), S. 512.

Vgl. ferner Handelsgericht Hamburg 22. 5. 1844, in Sammlung der Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck in hamburgischen Rechtssachen, Bd. 1, Nr. 82, S. 833 ff., wo eine stillschweigende Willenserklärung angenommen wird „da es nicht mit der in kaufmännischen Verhältnissen erforderlichen *bona fides* im Einklange ist...“; OAG Lübeck 9. 12. 1844, ebd. Bd. 1, Nr. 38, S. 361 ff.; OAG von Schwaben 5. 5. 1849, in Sammlung ... von ARENDS Bd. 3 (1851), S. 296—299; OAG Dresden 22. 6. 1847, in Seuffert's Archiv Bd. 4 (1851), Nr. 45, S. 88 ff.; OAG Jena 10. 1. 1860, ebd. Bd. 15 (1862), Nr. 219, S. 376 ff.; Oberhofgericht Mannheim 6. 11. 1866, ebd. Bd. 23 (1870) Nr. 23, S. 39 ff.; OAG Lübeck 19. 3. 1867, in Sammlung der Entscheidungen des OAG der freien Hansestädte zu Lübeck, herausgeg. von KIERULFF, Bd. 3 (1869) S. 211 ff., wo ausgeführt wird (S. 234) „... auch die *replica doli* ist unbegründet, ... ein Verzicht des Senats auf sein Recht ist in diesem Geschehenlassen nicht zu finden“; HAG Nürnberg 19. 6. 1868, in Seuffert's Archiv Bd. 22 (1869) Nr. 294, S. 455—457; ROHG 19. 11. 1870, ebd. Bd. 25 (1872) Nr. 156, S. 226 ff.; RG 4. 3. 1880, ebd. Bd. 36 (1881) Nr. 189, S. 280 ff. Vgl. auch LEONHARD, in: Jherings Jahrbücher Bd. 17 (1879) S. 195 „... wenn er daher der stillschweigenden Abrede zuwider dieses Recht vor dem Eintritt der Bedingung durch Vindikation zu zerstören trachtet, so muß gegen ihn eine *exceptio doli* Platz greifen“. Vgl. ferner EHRLICH, Die stillschweigende Willenserklärung ..., S. 82 ff.

<sup>50</sup> Vgl. OAG Nürnberg 30. 10. 1867 in Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausg. von Busch, Bd. 15 (1869), S. 149, wo ein stillschweigender Verzicht angenommen wird und zugleich bemerkt wird, daß: „... der Beklagte auch die Replik dolosen Verfahrens mit Grund entgegengehalten werden kann“; OAG Nürnberg 4. 2. 1870, ebd., Bd. 24 (1872), S. 373; ROHG 25. 11. 1871, in Entscheidungen des ROHG

Eine ähnliche Tendenz kommt auch in der damaligen Rechtsprechung der Rheinprovinzen vor. Es ist bekannt, daß die Gerichte der Rheinprovinzen französisches Recht anzuwenden hatten und normalerweise auch französische Judikatur herangezogen<sup>51</sup>. Es ist beachtenswert, daß auch die rheinische Judikatur in solchen Fällen auf eine *exceptio doli* zurückgriff<sup>52</sup>. Dies zeigt, daß das Zurückgreifen auf die *exceptio doli* ein geläufiges Denkschema der deutschen Praxis darstellte<sup>52a</sup>.

## V.

Die oben versuchte Schilderung der Entwicklungstendenzen der französischen und deutschen Judikatur im 19. Jahrhundert führt zu einigen rechtsvergleichenden Bemerkungen.

1. In der Gerichtspraxis beider Länder ist eine seit Ende der Neuzeit im wesentlichen gemeineuropäische Privatrechtsentwicklung zu verzeichnen: Der Wille des Rechtssubjekts erscheint als die eigentlich bewegende Kraft beim Zustandekommen und bei der Abwicklung von Rechtsverhältnissen. Damit

Bd. 4 (1875), S. 63; dagegen RG 26. 11. 1887, in RGZ Bd. 22, S. 51. In der Literatur vgl. hierzu EHRlich, a.a.O., S. 84 ff.; MALS, Studien über Versicherungsrecht insbesondere über Feuer- und Lebensversicherung, in Zeit. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 6 (1863), S. 376 ff.; LEWIS, Lehrbuch des Versicherungsrechts (Stuttgart 1889), S. 186—187.

<sup>51</sup> Hierzu zuletzt SCHUMACHER, Das Rheinische Recht in der Gerichtspraxis des 19. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Auslegung rezipierter Rechtsnormen (Stuttgart-Bruxelles 1969).

<sup>52</sup> Vgl. hierzu im Versicherungsrecht Rheinisches Appellationsgericht 31. 7. 1869 in Archiv für das Civil- und Kriminal-Recht der Königl. Preuß. Rheinprovinzen, Bd. 64 (1872), 1, S. 41; Rheinisches Appellationsgericht 15. 6. 1870, ebd. 1, S. 44; RG 8. 7. 1881, ebd. Bd. 72 (1882) 4, S. 41; RG 9. 5. 1882, in Zeit. für französisches Civilrecht Bd. 14 (1883), S. 599; RG 22. 1. 1892 in RGZ Bd. 28 (1892), S. 389, die alle auf eine *replicatio doli* zurückgreifen.

<sup>52a</sup> Es sei z. B. auf zwei Urteile verwiesen: Es hatten Verhandlungen stattgefunden, um einen Rechtsstreit beizulegen. Nachdem die Verhandlungen abgebrochen worden waren, machte eine Partei die inzwischen eingetretene „peremption d'instance“ geltend. Das Rheinische Appellationsgericht 4. 8. 1823, in Archiv für das Civil- und Kriminal Recht der königl. preuß. Rhein-Provinzen, Bd. 5 (1824), 1, S. 260 ff. räumte dem Beklagten eine *exceptio doli* ein. In einem ähnlichen Fall erblickte Bruxelles 13. 1. 1814 in Pasicrisie 1814—1815, S. 12 ff. eine stillschweigende Vereinbarung die „peremption d'instance“ nicht geltend zu machen. Vgl. jedoch für die wahren Motive PIGEAU, Commentaire sur la procédure civile (Paris 1827), I, S. 471: „... il n'est pas juste que celle-ci (die Beklagte) soit victime de sa bonne foi et des vœux qu'elle a eues pour la pacification, en ne poursuivant pas“.

Vgl. ferner für eine gleichartige Entscheidung, Rota romana 16. 12. 1840 (De Angelis c. Boccabianca), in Giornale del Foro Bd. 1 (1840), S. 44; Cass. Milano 27. 5. 1863, in Giurisprudenza italiana 1863, I, Sp. 490 ff.; Cass. Napoli 5. 5. 1879, ebd. 1879, I, 1, Sp. 1001 ff.; App. Catania 16. 4. 1880, ebd. 1880, I, 2, Sp. 556 ff.; Cass. Roma 24. 4. 1903, ebd. 1903, I, 1, Sp. 500 ff. Ein Überblick bietet meine Sospensione convenzionale della prescrizione, ed exceptio pacti sive doli, in Rivista di diritto civile 1971, II, S. 11 ff.

werden alle Rechtswirkungen auf freie menschliche Handlungen zurückgeführt. Material-ethische Wertvorstellungen, wie etwa die römische *bona fides*, treten zurück. Zugleich aber bietet die Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung häufig den Ausweg an, um die Lösungen durchzusetzen, die in der Kasuistik der römischen Quellen durch eine *exceptio pacti seu doli* zur Anwendung kamen. Damit stellt eine fingierte stillschweigende Willenserklärung häufig ein Legitimationsschema dar, um bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses den Grundsatz der *bona fides* zur Geltung zu bringen.

Diese Entwicklung tritt im kontinentalen europäischen Privatrecht in unterschiedlichem Umfang hervor. In Frankreich und im romanischen Rechtskreis überhaupt ist dies eine allgemeine Erscheinungsform der Judikatur. Damit liegt eine historische Kontinuität zu der Überlieferung des *ancien droit* vor, das die Rechtsfigur der *exceptio doli* nicht kannte. Demgegenüber zeigt die Praxis der deutschen Gerichte eine Zweispurigkeit. Neben der Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung blieb die Rechtsfigur der *exceptio doli* und die material-ethische Wertvorstellung der *bona fides* bei der Abwicklung eines Rechtsverhältnisses erhalten<sup>53</sup>. Es hat dies seine Ursache nicht zuletzt in der über den *usus modernus* hinauswirkenden Überlieferung der römischen Denkformen, was aus der historisch argumentierenden deutschen Zivilistik des 19. Jahrhunderts deutlich hervorgeht<sup>54</sup>. Damit hat die Praxis

<sup>53</sup> Es sei darauf hingewiesen, daß die Heranziehung einer *exceptio doli* der Feststellung einer stillschweigenden Abänderung der Vertragsbestimmungen rechtstechnisch nicht gleichzustellen ist. Im Falle einer Vertragsabänderung wäre der Vertragsklausel endgültig und nicht nun im konkreten Fall jede Wirksamkeit entzogen. Darüber hinaus setzt eine *exceptio doli* eine von Amts wegen zu prüfende Rechtsfrage voraus. Demgegenüber ist die Feststellung eines stillschweigenden Verzichts an sich eine der Prüfung des Kassationshofes entzogene Tatfrage. Inwieweit dieser technische Unterschied in der deutschen Praxis des XIX. Jh. eine Rolle gespielt hat, läßt sich an Hand der insbesondere in der ersten Hälfte des Jahrhunderts nicht vollständig veröffentlichten Entscheidungsgründen nicht feststellen. Andererseits fehlen uns bisher genauere Untersuchungen über den Urteilsstil der älteren deutschen Judikatur. Soweit mir ersichtlich ist, spielt dieser Unterschied außer einem *obiter dictum* beim Preussischen Obertribunal 27. 6. 1876 (vgl. N. 42) keine praktische Rolle. Übrigens sind die Grenzen zwischen Tat und Rechtsfrage in der Praxis recht schwankend. Nach der Rechtsprechung der Cour de Cassation ist es eine dem *juge de fond* überlassene Tatfrage, ob ein stillschweigender Verzicht vorliegt. Allerdings zeigt die Praxis, daß die Cour de Cassation durch die Prüfung der Beweisführung eine Kontrolle darüber ausübt.

<sup>54</sup> Es ist bemerkenswert, daß Entscheidungen, in denen auf die *exceptio pacti seu doli* zurückgegriffen wird, schon in der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts in der deutschen Praxis vorkommen. Vgl. etwa Rheinische Appellationsgericht 4. 8. 1823 (N. 52a). Damit knüpft die Praxis der deutschen Gerichte im XIX. Jahrhundert, soweit mir ersichtlich ist, unmittelbar an die Überlieferung des *usus modernus* an. Was nicht zuletzt auf die Tradition der juristischen Ausbildung zurückzuführen wäre.

der deutschen Gerichte im Bereich der Abwicklung eines Schuldrechtsverhältnisses der konsensualistischen Durchdringung mehr widerstanden als die übrige kontinental-europäische Judikatur. Diese unterschiedliche Entwicklung tritt noch in der heutigen kontinental-europäischen Judikatur hervor.

2. Mit der Einführung des BGB und dem Eintritt in das neue Jahrhundert begann die deutsche Rechtsprechung in immer stärkerem Umfang auf den Gedanken von Treu und Glauben einerseits (§ 242 BGB) und auf den Rechtsbehelf der *exceptio doli*, insbesondere bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses, zurückzugreifen<sup>55</sup>. Heute stellt diese Entwicklung eine der wichtigsten Erscheinungsformen der Praxis der deutschen Gerichte dar. Es sei hier nur auf die beiden richterlichen Rechtsinstitute der Verwirkung und des Verbots eines *Venire contra factum proprium* hingewiesen, die durch eine sehr umfangreiche Judikatur entstanden sind. Nach der h.M.<sup>56</sup> tritt eine Verwirkung ein oder liegt ein *Venire contra factum proprium* vor, wenn der Rechtsinhaber von seinem Recht keinen Gebrauch macht und so bei dem anderen Teil das schutzwürdige Vertrauen hervorruft, er wolle das Recht auch in Zukunft nicht mehr ausüben.

Ferner muß die Gesamtwürdigung des Falles ergeben, daß die Ausübung des fraglichen Rechtes nunmehr mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Widerspruch stehen würde. Diese Voraussetzungen sind vor allem dann erfüllt, wenn der Rechtsinhaber selbst durch Erklärungen oder positives Verhalten das Vertrauen des anderen verstärkt hat.

Die deutsche Rechtslehre weist inzwischen die Ansicht zurück, der Ausschluß beruhe auf einem Verzicht, einer Duldung oder einer sonstigen rechtsgeschäftlichen Handlung des Rechtsinhabers. Der Grundsatz von Treu und Glauben selbst solle hier die Ausübung des Rechtes begrenzen. Allerdings hat die oben geschilderte Zweispurigkeit sich in der Praxis der deutschen Gerichte

<sup>55</sup> Zugleich wurde die Kontinuität mit der älteren Praxis des 19. Jahrhunderts aufbewahrt. Vgl. RG. 1. 2. 1895 in Seuffert's Archiv Bd. 50 (1895), S. 263 ff.; OLG Hamburg 20. 4. 1901 und RG 30. 10. 1901 ebd. Bd. 57 (1902), S. 53 ff.; RG 15. 11. 1907 ebd. Bd. 63 (1908), Nr. 196, S. 349; Amtsgericht Leipzig 12. 12. 1907 (zit bei REICHEL, AcP Bd. 104 (1909), S. 46, die alle eine *exceptio doli* gegen die Geltendmachung einer Kündigungsklausel gewähren. In der damaligen Literatur vgl. dazu WENDT, Die *exceptio doli generalis* im heutigen Recht, in: AcP Bd. 100 (1906), insbesondere S. 259 ff.; SCHNEIDER, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuches (München 1902), S. 175 ff.; DANZ, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte <sup>3</sup>(Jena 1911), S. 160 ff.; ENDEMANN, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches <sup>5</sup>(Berlin 1902), § 100, II.

<sup>56</sup> Statt aller vgl. SOERGEL-KNOPP BGB, <sup>10</sup>1967, § 242, Anm. 281 ff. Weitere rechtsvergleichende Hinweise bei meiner „Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto (Padova 1971).

erhalten. Die deutsche Judikatur ist ziemlich großzügig, wenn es darum geht, die Verwirkung oder das *Venire contra factum proprium* von einem stillschweigenden Verzicht abzugrenzen. Häufig werden die Begriffe Verwirkung und Verzicht selbst in der neueren Rechtsprechung und Lehre nebeneinander gebraucht. So gesellen sich nicht selten zu der Berufung auf den Rechtsmißbrauch Gedankengänge, die mehr dazu passen würden, den Ausschluß aus einem Verzicht oder einer Duldung des Rechtsinhabers zu begründen. So spricht man offen von einem Verzichtswillen; so bemerkt man, daß der Rechtsinhaber über seinen Anspruch genau unterrichtet war; so führt man endlich ausdrücklich an, das fragliche Recht sei verzichtbar<sup>57</sup>.

3. In den romanischen Rechtsordnungen dagegen ist eine solche Rechtsentwicklung dem Anschein nach unbekannt. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist von Theorie und Praxis nicht zu einem allgemeinen und beherrschenden Prinzip entwickelt worden.

Das ancien droit kannte die *exceptio doli generalis* nicht. In den romanischen Rechtsordnungen ist dieser Zustand festgehalten worden. Jedoch bietet die Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung noch heute häufig den Ausweg, um den Grundsatz der *bona fides* zur Geltung zu bringen.

Sowohl die italienischen als auch die französischen Urteile halten daran fest, daß der Verzicht auf ein Recht eine Willenserklärung sein müsse. Sie wenden aber die Rechtsfigur des stillschweigenden Verzichts auf Fälle an, in denen es zumindest zweifelhaft erscheint, ob tatsächlich ein Verzichtswille vorgelegen hat. Beachtenswert ist, wie die am Anfang geschilderte Problematik heute gelöst wird. Nach der italienischen und französischen Rechtsprechung verliert ein Vermieter das Recht, von einer im Vertrag ent-

<sup>57</sup> Hier nur einige Zitate aus der neueren Rechtssprechung. LG Frankfurt am Main, 2. 6. 1959, MDR 1959, S. 845: trotz der grundsätzlichen Erklärung, ein Verzichtswille sei nicht erforderlich, legt das Gericht Wert auf die Feststellung, der Kläger habe genaue Kenntnis von seinem Recht gehabt. Dies hat nur Sinn unter dem Gesichtspunkt eines stillschweigenden Verzichts. In OLG München 8. 6. 1955, BB 1955, S. 916, wird betont: „... so hat der Käufer ... den Anspruch auf Wandlung verwirkt; denn durch den weiteren Gebrauch bringt er zum Ausdruck, daß er die gekaufte Sache gleichwohl behalten will.“ Auch SIEBERT, Anm. JW 1934, S. 98, stellt fest, daß „... Verzicht und Verwirkung bei aller dogmatischen Verschiedenheit praktisch immerhin ziemlich nahe einander liegen“. Bemerkenswert auch BOEHMER, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung (Tübingen 1952), Bd. II, 2, S. 117, der die Verwirkung als Anwendungsfall des Rechtsmißbrauchs definiert, zugleich aber ausführt: „... das Schweigen des Berechtigten (muß) dem anderen Teil als der Ausdruck des Willens erscheinen können, auf die Geltendmachung des Rechts zu verzichten, gleichgültig, ob in concreto ein solcher Wille ... vorliegt.“ Vgl. ferner MERZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bern 1962, Bd. I, zu Art. 2, Nr. 512, 529.

haltenen Auflösungsklausel Gebrauch zu machen, wenn er durch sein Verhalten zu erkennen gibt, daß er den Vertrag fortsetzen will, z. B., wenn ein Mieter mehrfach die Miete nicht pünktlich bezahlt, der Vermieter sich aber nicht auf die Auflösungsklausel beruft. Die Lehre spricht in diesen Fällen von einem Verzicht auf die sich aus dem Verzug ergebenden Rechte, der, getreu den überkommenen voluntaristischen Prinzipien, nicht ohne eine – wenn auch stillschweigende – Willenserklärung des Gläubigers denkbar sei<sup>58</sup>. In Wirklichkeit liegen der Rechtsprechung keine voluntaristischen Gedankengänge zugrunde. So wird in einigen Entscheidungen ausgeführt, daß die Nachsicht bei wiederholt unpünktlicher oder sonst unkorrekter Zahlung zwar nicht die Auflösungsklausel abändere, wohl aber das Verschulden des Schuldners an der Verzögerung beseitige. Dies führt praktisch zur Unwirksamkeit der Auflösungsklausel im konkreten Fall<sup>59</sup>. Genauer gesagt: Der

<sup>58</sup> Vgl. hierzu BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano* <sup>6</sup>(Torino 1965), Bd. II, S. 88–89; ähnlich MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale* <sup>9</sup>(Milano 1959), Bd. III, S. 449; DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di MAIORCA <sup>9</sup>(Milano-Messina 1961), Bd. II, S. 102; MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento* (Napoli 1950), S. 216 ff. Auch die französische Lehre hält an den Willensdogma fest. Vgl. AUBRY-RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Bd. IV, par MARTIN <sup>6</sup>(Paris 1952), S. 144.

<sup>59</sup> Vgl. App. Bari 5. 7. 1955, Rep. Giust. Civ. 1956, voce Locazione, Nr. 451; App. Lecce 12. 1. 1957, Rep. Giust. Civ. 1957, voce Locazione, Nr. 389; Cass. 28. 3. 1957, Nr. 1083, Rep. Foro it. 1957, voce Locazione, Nr. 118; App. Napoli 17. 3. 1961, Diritto e giurisprudenza 1961, S. 299; Cass. 9. 6. 1962, Nr. 1428, in Mass. Giust. Civ. 1962, S. 708; Cass. 7. 6. 1966, Nr. 1498, Mass. Giust. Civ. 1966, S. 858. Entscheidungen, die nicht Mietverträge betreffen, sind z. B. Cass. 23. 10. 1968, Nr. 3418, Giur. it. 1969, I, 1, Sp. 684; Cass. 13. 2. 1968, Nr. 486, Giur. it. 1969, I, 1, Sp. 752. Bemerkenswert ist, wie in diesem Urteil die Unwirksamkeit der Auflösungsklausel begründet wurde: „i creditori per lunghi anni mai richiamarono i debitori ad un più regolare computo della rate ... e si dichiararono sempre soddisfatti di ogni loro pretesa, ingenerando nei debitori lo convincimento ragionevole di avere esattamente eseguito i computi relativi all'adeguamento del canone vitalizio ...“. Vgl. ferner MICCIO, *La locazione*, in: *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale* diretta da Bigiavi (Torino 1967), S. 105. In der französischen Rechtsprechung vgl. Cass. civ. sect. soc. 26. 12. 1946, *Revue du loyers* 1947, S. 119; Cass. civ. sect. soc. 18. 10. 1961, *Semaine Juridique* 1961, II, Nr. 12 373. Vgl. ferner Paris 30. 12. 1930, *Dalloz hebdomadaire* 1931, S. 123; Cass. Req. 11. 12. 1933 *Gaz. Pal.* 1934, I, S. 241; Nancy 14. 10. 1911, *Sirey* 1913, 2, S. 179; Paris 23. 1. 1912, *Sirey* 1913, 2, S. 54. In solchen Fällen wird betont, der Mieter habe seinen Verzichtswillen unzweideutig geäußert. Vgl. GUILLOUARD, *Traité du louage* <sup>2</sup>(Paris 1892), Bd. I, Nr. 331; AUBRY–RAU, a.a.O., Bd. V, par ESMEIN (Paris 1952), S. 255; PLANIA–RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Bd. X <sup>2</sup>. *Contrats civils* par HAMEL, GIVORD et TUNC (Paris 1956), S. 771. Vgl. jedoch für die wahren Motive Paris 30. 12. 1930, *Dalloz hebdomadaire* 1931, S. 123: die Vermieter „... en exerçant dans de telles conditions préjudiciables pour leur co-contractant, un droit inscrit dans leur contrat, l'ont détourné du but dans lequel il avait été institué; ils ont faussé l'esprit de la convention et ainsi commis un

Gläubiger, der fortlaufend unpünktliche Zahlungen duldet, wird von der Geltendmachung der Auflösungsklausel ausgeschlossen. Seine stillschweigende Duldung wird als Verzicht ausgelegt. Dabei ist aber nicht der Verzichtswille des Gläubigers entscheidend, sondern das Vertrauen des Schuldners, das auf der Untätigkeit des Gläubigers beruht. In diesen Fällen wenden die deutschen Gerichte die Formeln des *Venire contra factum proprium* und der Verwirkung an. Die Parallelität springt ins Auge<sup>60</sup>. Die Ähnlichkeit zeigt sich nach einem weiteren Punkt. Sowohl nach der deutschen als auch nach der italienischen und französischen Rechtsprechung lebt die Auflösungsklausel wieder auf, sobald der Gläubiger den Schuldner an die pünktliche Erfüllung seiner Zahlungspflicht erinnert und so die Vertrauenslage beseitigt<sup>61</sup>.

abus auquel le juge ne saurait reconnaître à leur profit aucun effet utile.“ Ähnlich die belgische Rechtsprechung DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2. Aufl. (Bruxelles 1948), S. 738.

<sup>60</sup> Vgl. RG 17. 9. 1929, JW 1932, S. 1041; BGH 24. 2. 1959, NJW 1959, S. 766. Ferner vgl. SOERGEL – KNOPP, BGB <sup>10</sup>(1967) zu § 242, Anm. 236.

<sup>61</sup> Aus der deutschen Rechtsprechung vgl. RG 17. 9. 1929 (N. 60) aus der italienischen Rechtsprechung vgl. Cass. 28. 3. 1957, Nr. 1083 (N. 59).