

# IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

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

XVI

Herausgegeben von DIETER SIMON



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1989

## Zur Entstehung der Irrtumslehre Savignys\*

### Problemstellung

Unbestritten war die Irrtumslehre Savignys, dargestellt im dritten Bande seines „Systems des heutigen römischen Rechts“, von grundlegender Bedeutung für die Behandlung der Irrtumsproblematik durch die moderne Privatrechtslehre. Diese war – und ist – allerdings uneins darüber, auf welche Faktoren der bedeutende Einfluß zurückzuführen ist, den die Ideen Savignys ausgeübt haben. Es werden dazu im wesentlichen zwei Auffassungen vertreten:

Der einen Ansicht<sup>1</sup> nach, besteht die Bedeutung der Irrtumslehre Savignys weniger in der Entwicklung neuer Lösungen für die Irrtumsproblematik, sondern in der konsequenten systematischen Einordnung der Irrtumslehre in die Lehre von der Willenserklärung, d. h. in der Auffassung des sog. Erklärungsirrtums als eines Willensmangels und seiner strengen Unterscheidung vom Motivirrtum.

Die andere Ansicht<sup>2</sup> sieht dagegen das Grundprinzip der Irrtumslehre Savignys darin, daß der Willensmangel für die Rechtsordnung nur dann und deshalb beachtlich ist, wenn und weil er für den Empfänger der Erklärung auch erkennbar ist.

Die beiden Ansichten traten in ihren Grundzügen bereits am Ende des 19. Jahrhunderts im Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie hervor<sup>3</sup> und sind bis heute wiederholt vertreten worden. Allerdings bedürfen die Voraussetzungen, auf denen sie beruhen, m. E. noch einer genaueren Untersuchung.

\*Die Arbeit entstand während des Forschungsaufenthalts in Frankfurt am Main, 1985–1987. Ich danke meinem Gastgeber, Herrn Prof. Dr. Dres. h. c. H. Coing, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, und der Alexander von Humboldt-Stiftung für die großzügigen Förderungen. Herr Dr. Koller hat meinen Text in flüssigeres Deutsch umgeformt. Auch ihm bin ich für seine freundliche Hilfe zu Dank verpflichtet.

<sup>1</sup> WERNER FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979, S. 440.

<sup>2</sup> KLAUS LUIG, Savignys Irrtumslehre, in: *Ius Commune* VIII (1979), S. 45–47.

<sup>3</sup> BERNHARD WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 9. Ausg., Frankfurt a. M. 1906, Nachdruck: Aalen 1963, S. 386, insb. Anm. 1 einerseits und RUDOLF LEONHARD, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2. Aufl., I. Teil, Breslau 1907, S. 12–18 andererseits.

Die erste Ansicht geht davon aus, daß die Irrtumslehre in ihren wesentlichen Elementen schon vor Savigny größtenteils ausgebildet war; die Entstehungsgeschichte der Irrtumslehre bis Savigny ist aber in vielen wesentlichen Punkten noch ungeklärt. Auch die zweite Ansicht beschäftigt sich nur am Rande mit der Geschichte des Erkennbarkeits-erfordernisses und beschränkt sich dazu auf einige Hinweise.

Die wissenschaftliche Betrachtung kann sich den beiden Ansichten nähern, indem sie einmal Savignys Irrtumslehre zum Ausgangspunkt ihrer Untersuchungen macht und die Veränderungen und Wandlungen verfolgt, die diese Lehre bis heute erlebt hat, und zum anderen die Voraussetzungen untersucht, denen Savignys Irrtumslehre ihre Entstehung und Gestalt verdankt, um so einen eigenen Standpunkt gegenüber den beiden oben dargestellten Ansichten einnehmen zu können.<sup>4</sup>

Der vorliegende Aufsatz bezweckt das letztere, ohne auf das erstere ganz zu verzichten: aus einer Untersuchung der Entwicklung der Irrtumslehre bis Savigny, insbesondere auf dem Gebiet des Vertragsrechts, sollen meine eigenen Kriterien gewonnen werden, die eine fundierte Beurteilung der beiden gegensätzlichen Ansichten ermöglichen, welche bis heute über Savignys Irrtumslehre herrschen. Dabei kann es natürlich nicht das Ziel dieses Aufsatzes sein, alle Probleme der und um die Irrtumslehre zu behandeln, meine Darstellung beschränkt sich vielmehr auf die wesentlichen Gesichtspunkte der Entwicklung der Irrtumslehre im angegebenen Zeitraum.<sup>5</sup>

## I. Vorgeschichte

### 1. Gemeinrechtliche Lehren des 17. Jahrhunderts

In den gemeinrechtlichen Lehren des 17. Jahrhunderts war die Irrtumsfrage beim Vertrag eine Frage nach dem Konsens der Kontrahenten.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Über die Notwendigkeit solcher Arbeit vgl. HELMUT COING, Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, *Ius Commune* VIII (1979), S. 15.

<sup>5</sup> Die grundlegenden Werke sind noch jetzt: BURKHARD OEBICKE, Wille und Erklärung beim Irrtum in der Dogmengeschichte der beiden letzten Jahrhunderte, Emsdetten 1935 und PETER HAUPT, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der Rezeption, Weimar 1941.

<sup>6</sup> Z. B. JOHANNES GOEDDAEUS, *Commentarius De contrahenda & committenda stipulatione*, 2. ed., Herbormae 1602, Cap. III, Conc. II, n. 7; PAULUS BUSIUS, *Commentarius in Universas Pandectas, Daventriae* 1657, ad D.18.1.9, n. 1; GEORG FRANTZKIUS, *Commentarius in viginti et unum libros Pandectarum Juris Civilis priores*, Gerae 1673, ad D.18.1, n. 36; GEORG ADAM STRUVE, *Syntagma Juris Civilis*, Francofurti & Lipsiae 1692, ad D.18.1, VIII; WOLFGANG ADAM LAUTERBACH, *Collegium theoretico-practicum ad quinquaginta Pandectarum libros*, T. 1, 2. ed., Tubingae 1707, ad D.18.1, CV; DERS., *Compendium Juris Brevisissimis Verbis*, Tubingae & Francofurti 1686, p. 312; JOHANNES

Die Hauptfälle waren – abgesehen vom Fall des sog. error in substantia – nicht die des einseitigen Irrtums, sondern die des Dissenses, d. h. die Fälle, in denen zwischen den Kontrahenten Uneinigkeit über den Vertrag bestand. In der gemeinrechtlichen Lehre dieser Zeit wurde deshalb nicht erörtert, wie die Zuverlässigkeit der Erklärung seitens eines Kontrahenten geschützt werden sollte.<sup>7</sup>

Die Anzahl der Irrtumsfälle, die Konsensmangel hervorriefen, war kasuistisch begrenzt: error in negotio bzw. in causa contractus<sup>8</sup>, in corpore<sup>9</sup>, in pretio<sup>10</sup>, in persona<sup>11</sup>, in substantia bzw. in materia. Außerdem wurden vereinzelt angeführt: error in qualitate personae<sup>12</sup>, in sexu<sup>13</sup>, oder in re non existente<sup>14</sup>. Bei Vorliegen außerhalb dieser kasuistischen Begrenzung stehender Irrtümer sollte Konsensmangel und Nichtigkeit des Vertrages nicht anerkannt werden.

Hinsichtlich des Motivirrtums wurde die Meinung vertreten, daß eine – die Vergangenheit betreffende – causa als Motiv keinen Einfluß auf

VOET, Commentarius ad Pandectas, T. 1, Hagae 1707, ad D.18.1, n. 5; LUDERUS MENCKENIUS, Theoria et Praxis Pandectarum, P. 1, Lipsiae 1715, ad D.18.1, XLVII. Vgl. HAUPT, Lehre vom Irrtum, S. 2–24; MALTE DIESELHORST, Zum Vermögenssystem Samuel Pufendorfs, Göttingen 1976, S. 80 ff.

<sup>7</sup> Es gibt bekanntlich in römischen Quellen (D.22.6 und C.1.18) eine Reihe Sätze über den Irrtum und die Unwissenheit, woraus auch die damaligen gemeinrechtlichen Lehren verschiedene Regeln ausbildeten. Darunter fand sich die Regel, daß der Irrtum über die eigene Tatsache unentschuldigbar, aber über die fremde entschuldigbar war. Davon gab es auch mehrere Ausnahmen, wozu gehörte, daß auch der Irrtum über die fremde Tatsache dann unentschuldigbar war, wenn die dem Wissen gleichzustellende grobe Nachlässigkeit beim Irrenden vorlag (vgl. z. B. STRUVE, ad D.22.6, LIIX–LIX; LAUTERBACH, Collegium, ad D.22.6, IV–VIII; MENCKENIUS, ad D.22.6, VIII). Dennoch kam ein Verschulden des Irrenden bei der Erörterung über D.18.1, wobei es sich um den Einfluß des Irrtums auf die Verträge handelte, kaum in Frage.

<sup>8</sup> GOEDDAEUS, Cap. III, Conc. II, n. 7; BUSIUS, ad D.18.1.9, n. 2; LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CVI; DERS., Compendium, p. 312; FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 77; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVII. Es fehlt bei STRUVE und VOET an diesem Irrtumstyp.

<sup>9</sup> GOEDDAEUS, Cap. III, Conc. III, n. 13; BUSIUS, ad D.18.1.9, n. 1; FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 43; STRUVE, ad D.18.1, IX; LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CIX; DERS., Compendium, p. 313; VOET, ad D.18.1, n. 5; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVII.

<sup>10</sup> Allerdings nur, wenn der Schuldner an einen geringeren Preis als der Gläubiger dachte, während der Vertrag im umgekehrten Fall gültig sein sollte, in dem der Konsens über den geringeren Preis entstand. Vgl. STRUVE, ad D.18.1, VIII; LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CVIII; DERS., Compendium, p. 313; VOET, ad D.18.1, n. 5; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVII. Es fehlt bei GOEDDAEUS BUSIUS und FRANTZKIUS an diesem Irrtumstyp.

<sup>11</sup> FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 39; STRUVE, ad D.18.1, VIII; LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CVII; DERS., Compendium, p. 312–313; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVII. Es fehlt bei GOEDDAEUS, BUSIUS und VOET an diesem Irrtumstyp.

<sup>12</sup> Als Beispiel nannte FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 39 den Irrtum über die Vertragsfähigkeit des Gegners, den LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CVII als den außer der Irrtumsregelung stehenden Fall ausschloß.

<sup>13</sup> FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 63; STRUVE, ad D.18.1, IX; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVII.

<sup>14</sup> Sofern ich untersuchen kann, findet sich nur bei STRUVE, ad D.18.1, IX dieser Irrtumstyp.

die Gültigkeit des Vertrages ausüben könne, es sei denn, daß das Motiv zu einer Bedingung des Geschäfts gemacht worden war.<sup>15</sup>

Die gemeinrechtlichen Lehren entwickelten auch eine Lösung für das Problem des Eigenschaftsirrturns. Nach herrschender Meinung war zwischen *error in substantia* bzw. in *materia* und *error in qualitate* bzw. in *puritate* begrifflich zu unterscheiden.<sup>16</sup> Während *error in qualitate* bzw. in *puritate* keinen Konsensmangel hervorrufen können und der Vertrag trotz des Vorliegens eines solchen Irrturns immer noch gültig bleiben sollte<sup>17</sup>, wurde *error in substantia* bzw. in *materia*, ohne Rücksicht darauf, ob im konkreten Fall ein einseitiger oder zweiseitiger Irrturn vorlag, als ein Konsensmangel hervorrufender und deshalb den Vertrag vernichtender Irrturn aufgefaßt. Das Merkmal, wonach zwischen *error in substantia* und *error in qualitate* unterschieden werden sollte, sah die herrschende Meinung ausschließlich in dem Unterschied des Stoffes als solchem.<sup>18</sup>

Zur Frage des Irrturnsbeweises erscheint bemerkenswert, daß einige Meinungen den Eid als Beweismittel anerkannten.<sup>19</sup>

## 2. Naturrechtslehren des 17. Jahrhunderts

### a) Grotius und Pufendorf

Während die gemeinrechtlichen Lehren zunächst den Konsensmangel als Kriterium für die Irrturnslehre entwickelten und schließlich in kasuistischer Regelung der Irrturnsfälle verharreten, konstruierten die Naturrechtslehren desselben Zeitalters die Irrturnslehre als eine Lehre von der Bedingung.

<sup>15</sup> So GOEDDAEUS, Cap. III., Conc. V, n. 58–64.

<sup>16</sup> GOEDDAEUS, Cap. III., Conc. IV, n. 30; FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 51; STRUVE, ad D.18.1, IX; LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CXII; DERS., Compendium, p. 313; VOET, ad D.18.1, n. 5, 7; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVII.

<sup>17</sup> GOEDDAEUS, Cap. III., Conc. IV, n. 37–38; FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 57–59; STRUVE, ad D.18.1, XI; LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CXII; DERS., Compendium, p. 313; VOET, ad D.18.1, n. 7; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVIII.

<sup>18</sup> GOEDDAEUS, Cap. III., Conc. IV, n. 28–36; BUSIUS, ad D.18.1.14, n. 3; FRANTZKIUS, ad D.18.1, n. 45–52; STRUVE, ad D.18.1, IX; LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CIX–CXI; DERS., Compendium, p. 313; VOET, ad D.18.1, n. 5; MENCKENIUS, ad D.18.1, XLVII. Die Frage, ob auch dem Verkäufer die Berufung auf *error in substantia* bzw. in *materia* anerkannt werden sollte, die die römischen Quellen nur dem Käufer erlaubten, verneinte BUSIUS, ad D.18.1.14, n. 7, während LAUTERBACH, Collegium, ad D.18.1, CX aus dem Gesichtspunkt der Störung der Äquivalenz bejahte. Die Meinung Lauterbachs scheint herrschende Meinung gewesen zu sein.

<sup>19</sup> So z. B. LAUTERBACH, Collegium, ad D.22.6, XV.

Den Anfang machte Grotius.<sup>20</sup> Für ihn war die Frage des Irrtums eine Frage der *promissio*, des Versprechens. Danach sollte die *promissio* nur dann wegen des Irrtums nichtig sein, wenn die, dem Versprechen als eine stillschweigende Bedingung zugrunde liegende Tatsache wirklich nicht existierte.<sup>21</sup>

Weil die Irrtumsfrage nur mit Rücksicht auf den Versprechenden behandelt wurde, trat hier die Frage des Schutzes der Zuverlässigkeit der Erklärung auf. Grotius versuchte, dieses Problem dadurch zu lösen, daß er den Versprechenden zum Schadensersatz verpflichtete, wenn der Gegner durch dessen verschuldeten Irrtum oder deshalb Schaden erlitt, weil der Versprechende seinen Willen nicht klar genug zum Ausdruck gebracht hatte.<sup>22</sup> Daran ist bemerkenswert, daß diese Schadensersatzpflicht – getrennt von der Frage der Nichtigkeit des Versprechens wegen Irrtums – allein im Verschulden des Versprechenden ihren Grund finden sollte.

Pufendorf<sup>23</sup> übernahm die Irrtumslehre Grotius' in ihren wesentlichen Elementen. Im Gegensatz zu diesem, der die Irrtumsfrage in Bezug auf ein Versprechen im allgemeinen behandelt hatte, unterschied jedoch Pufendorf zwischen dem einseitigen Versprechen (*promissum*) und dem zweiseitigen Versprechen (*pactum*). Während er hinsichtlich des einseitigen Versprechens kaum von Grotius' Lehre abwich, unterschied er beim zweiseitigen Versprechen zwischen dem Motivirrtum und dem, den Gegenstand des Versprechens betreffenden Irrtum.<sup>24</sup>

Hinsichtlich des Motivirrtums wurde das Reurecht (*facultas poenitendi*) dann anerkannt, wenn sich der Irrtum vor der Erfüllung herausstellte.<sup>25</sup> Der Grund für diese – wenn auch eingeschränkte – Beachtlichkeit des Motivirrtums lag wahrscheinlich darin, daß durch die Anerkennung des Reurechts vor der Erfüllung für den anderen Kontrahenten in

<sup>20</sup> HUGO GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, T. 2, *Ultrajecti* 1700, II, XI, vi. Vgl. OEBICKE, *Wille und Erklärung*, S. 7–8; HAUPT, *Lehre vom Irrtum*, S. 26–29; DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz 1959, S. 91–105; KLAUS LUIG, *Franz von Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB*, in: *Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828)*, hrsg. von W. Selb und H. Hofmeister, Wien-Graz-Köln 1980, S. 156; HORST HAMMEN, *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen BGB*, Berlin 1983, S. 108.

<sup>21</sup> GROTIUS, *JBP*, II, XI, vi, n. 2.

<sup>22</sup> GROTIUS, *JBP*, II, XI, vi, n. 3.

<sup>23</sup> SAMUEL PUFENDORF, *De Jure Naturae & Gentium*, ed. G. Mascovius, T. 1, *Francofurti & Lipsiae* 1759; Nachdruck: Frankfurt a. M., 1967, III, VI, vi–vii; DERS., *De Officio Hominis & Civis*, *Lipsiae* 1715, I, IX, xii. Vgl. HAUPT, *Lehre vom Irrtum*, S. 29–30; DIESSELHORST, *Pufendorf*, S. 73–102; LUIG, *Zeiller*, S. 159.

<sup>24</sup> PUFENDORF, *JNG*, III, VI, vi–vii; DERS., *OHC*, I, IX, xii, n. 1.

<sup>25</sup> PUFENDORF, *JNG*, III, VI, vii; DERS., *OHC*, I, IX, xii, n. 2.

der Regel kein wirklicher Schaden eintrat. Allerdings war der Irrrende allgemein auch für Schäden, die schon vor der Erfüllung eintraten, ersatzpflichtig.

Wegen eines den Gegenstand des Versprechens betreffenden Irrtums sollte das Versprechen nur dann nichtig sein, wenn das Wesen des Versprechens Inhalt einer ausdrücklichen Vereinbarung war und dieser Inhalt wegen des Irrtums, eben ohne das irrtümlich Vorausgesetzte, in der Tat sinnlos wurde.<sup>26</sup> Dabei wurde unter dem Begriff „Wesen“ (essentia) nicht nur die physische, sondern auch die immaterielle Eigenschaft verstanden, die der Irrrende vorzüglich im Sinne behielt<sup>27</sup> – damit war möglich geworden, den Eigenschaftsirrtrum weiter zu fassen, als die gemeinrechtlichen Lehren dies getan hatten. Es ist bei Pufendorf nicht immer ganz klar, ob die Nichtigkeit wegen Irrtums, d. h. genauer: weil der Inhalt der Vereinbarung mit dem Fortfall des irrtümlich Vorgestellten sinnlos wird, nur dann eintreten kann, wenn die betreffende Eigenschaft ausdrücklich Inhalt der Vereinbarung ist.

## b) Thomasius

Die Irrtumslehre von Grotius und Pufendorf wurde in der Folgezeit von anderen Vertretern der Naturrechtslehre kritisiert. Thomasius<sup>28</sup> argumentierte, daß der Versprechende schuldhaft handle, wenn er sich stillschweigend eine Bedingung vorbehalte bzw. diese nicht ausdrücklich erkläre.<sup>29</sup>

Der Motivirrtrum sei daher unerheblich, gleichgültig, ob er sich vor oder nach der Erfüllung herausstelle, solange das Motiv nicht zu einer ausdrücklichen Bedingung der Vereinbarung gemacht worden sei.<sup>30</sup> Sogar der den Gegenstand des Versprechens betreffende Irrtum sei nur dann und deshalb beachtlich, wenn und weil der Inhalt der Vereinbarung zu einer ausdrücklichen Bestimmung gemacht werde.<sup>31</sup>

Thomasius vertrat damit die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Irrtums: „error in dubio semper nocere debet erranti“<sup>32</sup>. Zusammengefaßt könnte man sagen, daß bei ihm die Irrtumslehre von der Lehre der aus-

<sup>26</sup> PUFENDORF, JNG, III, VI, vii; DERS., OHC, I, IX, xii, n. 2.

<sup>27</sup> PUFENDORF, JNG, III, VI, vii; DERS., OHC, I, IX, xii, n. 3.

<sup>28</sup> CHRISTIAN THOMASIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, 7. ed., Halae 1730, Nachdruck: Aalen 1963, II, VII, 38–47. Vgl. LUIG, Zeiller, S. 160–161.

<sup>29</sup> THOMASIUS, IJD, II, VII, 42–44.

<sup>30</sup> THOMASIUS, IJD, II, VII, 45–46.

<sup>31</sup> THOMASIUS, IJD, II, VII, 47–48.

<sup>32</sup> THOMASIUS, IJD, II, VII, 39–41. Vgl. auch THOMASIUS, *Notae ad Singulos Institutionum et Pandectarum Titulos*, Halae Magdeburgicae 1713, ad D.18.1, p. 198.

drücklichen Bedingung absorbiert wurde. Man war – folgte man seiner Auffassung – allerdings gezwungen, eine ausdrückliche Bedingung zu fingieren, da ja sogar der Fall des den Gegenstand des Versprechens betreffenden Irrtums nur im Rahmen einer ausdrücklichen Bedingung berücksichtigt wurde.

Trotz seiner Kritik an den Vorstellungen von Grotius und Pufendorf hat auch Thomasius m. E. die Einordnung der Irrtumslehre in die Lehre von der Bedingung nicht überwinden können.<sup>33</sup>

### 3. Typen der Irrtumslehren des Naturrechts im 18. Jahrhundert

Die für die Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts maßgebende Einordnung der Irrtumslehre in die Lehre von der stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung kam schließlich aus der Mode, weil sie letzten Endes das Fingieren von Bedingungen voraussetzte. Sie wurde im 18. Jahrhundert abgelöst durch Anschauungen, die sich den folgenden drei Grundtypen zuordnen lassen:

#### a) Coccejus

Die Lehren des ersten Typs fanden den wesentlichen Gesichtspunkt der Irrtumslehre im Vertrag selbst und behandelten die Frage des Verschuldens des Irrenden getrennt von der Frage der Nichtigkeit des Vertrages wegen Irrtums. Nicht die Vereitelung einer Bedingung, sondern der fehlende Konsens der Beteiligten, lehrte Coccejus<sup>34</sup>, bewirke, daß kein Vertrag entstehen könne, wenn ein Irrtum vorliege<sup>35</sup>; dieser Konsensmangel sei vom Verschulden des Irrenden unabhängig. Erlitt der Gegner aus dem Verschulden des Irrenden einen Schaden, so hatte dieser – wie schon bei Grotius – Schadensersatz zu leisten.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Vgl. auch GEORGIUS BEYERUS, *Delineatio Iuris Divini, Naturalis et Positivi Universalis*, Lipsiae 1716, Cap. XVII, n. 44–51, der jedoch auch den Fall ausnahmsweise für beachtlich hielt, wenn eine Eigenschaft derselben Art als eine stillschweigende Bedingung nach der Gewohnheit der Völker oder der Gegenden hinzuverstanden werden sollte, was aber bei Thomasius fehlte.

<sup>34</sup> HENRICUS-SAMUEL COCCEJUS, *Hugonis Grotii De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, T. 2, Lausannae 1751, ad II, XI, vi, p. 618–625; SAMUEL COCCEJUS, *Introductio ad Henrici Cocceji Grotium Illustratum continens Dissertationes Prooemiales XII*, Lausannae 1751, Diss. Prooem. XII, V, II, CCCCXVII, p. 476–477; DERS., *Jus Civile Controversum*, ed. nova, T. 2, Lipsiae 1799, ad D.18.1., Qu. XLVI–L.

<sup>35</sup> COCCEJUS, Grotius, p. 624 ad v. *Non consentit in promissum . . .*] „Si erratum est in re, tunc deficit obligatio, non ob defectum conditionis, sed ob defectum consensus, quia tum non est consensus duorum de eadem re“.

<sup>36</sup> COCCEJUS, Grotius, p. 624–625 ad v. *quod si promissor negligens fuit . . .*] „Si enim quis facto suo culposo damnun dedit alteri, ius alterius turbat, facto illo alteri aliquid abest,

Die Anzahl der Irrtumsfälle, die Konsensmangel bewirken konnten, wurde auf den ersten Blick ähnlich wie in den gemeinrechtlichen Lehren des 17. Jahrhunderts kasuistisch begrenzt. Beachtlich war danach *error in essentia negotii, in corpore, in persona, in qualitate personae* (jedoch nur dann, wenn die betreffende Qualität der Person zu *essentia negotii* gehörte), *in substantia* bzw. *in materia* und *in qualitate rei*.<sup>37</sup> Anders als die gemeinrechtlichen Lehren verstand Coccejus dabei unter dem Irrtumstyp des *error in essentia negotii* nicht nur den *error in negotio* (den Irrtum über den Vertragstyp), sondern – umfassender – denjenigen Irrtum, der den wesentlichen Bestandteil des Geschäfts betraf.<sup>38</sup>

Auch hinsichtlich der Behandlung des Eigenschaftsirrtums wich Coccejus von den gemeinrechtlichen Lehren ab. Unterscheidungsmerkmal für die Beachtlichkeit des *error in substantia* bzw. *in materia* war für ihn hierbei nicht die Verschiedenheit des Stoffes als solchem, sondern ob die Kontrahenten die betreffende *substantia* bzw. *materia* zum Inhalt der Vereinbarung gemacht hatten oder nicht.<sup>39</sup> Lag *error in qualitate* vor, war der Vertrag nach Coccejus nur dann nichtig, wenn es an der ausdrücklich versprochenen (*assertio qualitatis*) oder dem gewöhnlichen Gebrauch nach (*usu vulgari*) vorausgesetzten Qualität mangelte.<sup>40</sup>

## b) Titius und Heineccius

Auch Titius<sup>41</sup> kritisierte die Einordnung der Irrtumslehre in die Lehre von der Bedingung. Während aber Coccejus die kasuistische Begrenzung der beachtlichen Irrtumsfälle aufrechterhielt, war für Titius entscheidend, ob es sich um einen *error efficax* handelte, d. h. einen Irrtum, der die, von den Kontrahenten jeweils ausdrücklich versprochenen, oder von der Natur des betreffenden Geschäfts (*natura negotii*) vorgegebenen Umstände betraf, oder ob ein *error concomitans* vorlag, d. h.

*quod proinde ex iustitiae regula reparari debet*“.

<sup>37</sup> COCCEJUS, Grotius, p. 621–622; DERS., *Introductio*, p. 476.

<sup>38</sup> Dieser Irrtumstyp umfaßt auch den Irrtum über die vom Kommerz ausgeschlossene Sache, die Vertragsfähigkeit des Gegners, die Gerichtsbarkeit oder den Preis. COCCEJUS, Grotius, p. 621; DERS., *Introductio*, p. 476.

<sup>39</sup> COCCEJUS, *Jus Controversum*, T. 2, ad D.18.1, Qu. XLIX.

<sup>40</sup> COCCEJUS, Grotius, p. 621–622; DERS., *Introductio*, p. 476.

<sup>41</sup> GOTTLIEB GERHARD TITIUS, *Observationes ad S. Pufendorfii De Officio Hominis et Civis, Lipsiae 1715, Obs. 212–216*; DERS., *Observationum Rationantium in Compendium Juris Lauterbachianum Centuriae Quindecim, 2. ed., Lipsiae 1717, Obs. DXIII–DXV*. Vgl. HAUPT, *Lehre vom Irrtum*, S. 30 Anm. 40 u. S. 32; LUIG, *Zeiller*, S. 160.

ein Irrtum, der nur die außerhalb des eigentlichen Geschäfts stehenden Nebenumstände betraf.<sup>42</sup>

Unter diesem Aspekt kritisierte Titius auch die Lehre Pufendorfs von der Beachtlichkeit des Motivirrtums. Solange das Motiv nicht Gegenstand einer besonderen Vereinbarung war, blieb für ihn der Motivirrtum unbeachtlich; es handelte sich allenfalls um *error concomitans*, mit der Folge, daß der Irrende verpflichtet blieb, das zweiseitige Versprechen (*pactum*) zu halten.<sup>43</sup>

Die Irrtumslehren von Coccejus und Titius hatten gemeinsam, daß sie sich am Vertrag orientierten und daß sie die Fiktion der stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung überwandten, indem sie neben dem Gesichtspunkt der ausdrücklichen Vereinbarung noch die Merkmale des gewöhnlichen Gebrauchs (Coccejus) und der Natur des Geschäfts (Titius) einführten, die nicht auf die ausdrückliche Vereinbarung, sondern auf den einzelnen Vertragstyp zurückgingen.

Dennoch beschränkte Titius im allgemeinen die Beachtlichkeit des obigen *error efficax* nur auf den Fall, wenn dieser Irrtum zugleich „*invincibilis*“, d. h. „unüberwindlich bzw. unvermeidbar“ war.<sup>44</sup> In diesem Erfordernis war seine Lehre von der Coccejus' verschieden.

Auch Heineccius<sup>45</sup> übte Kritik an der Irrtumslehre von Grotius-Pufendorf und behauptete dasselbe Prinzip wie Thomasius: „*error in dubio nocere debet erranti*“, d. h. die grundsätzliche Unbeachtlichkeit eines Irrtums. Die Ausnahme davon nahm er nur dann an, wenn der Irrtum *invincibilis*, *inculpabilis* und *involuntarius*, d. h. unvermeidbar, nicht fahrlässig und unfreiwillig und zwar *efficax*, also wesentlich war.<sup>46</sup> Im Vergleich mit Titius betonte Heineccius ausdrücklich als ein wichtiges Erfordernis zur Beachtlichkeit des Irrtums das Nichtvorhandensein des Verschuldens. Diese Lehre erörterte er aber nur in seiner Naturrechtslehre und folgte in seinen Pandektenvorlesungen der kasuisti-

<sup>42</sup> TITIUS, Pufendorf, Obs. 25 n. 2, Obs. 212; DERS., Lauterbach, Obs. DXI.

<sup>43</sup> TITIUS, Pufendorf, Obs. 214; DERS., Lauterbach, Obs. DXIII.

<sup>44</sup> TITIUS, Pufendorf, Obs. 45: „*hic [scil. error efficax] impedit imputationem, si sit invincibilis, ... si vero vincibilis, qualis regulariter est error juris ... tum ob antecedentem vel concurrentem consensum, imputationem non excludit*“. Er verlangte aber in seinem Lauterbach-Kommentar dieses Erfordernis überhaupt nicht.

<sup>45</sup> JO. GOTTLIEB HEINECCIUS, *Elementa Juris Civilis secundum Ordinem Pandectarum*, T. 1, Venetiis 1791, ad D.18.1, § 255, p. 414–415; DERS., *Praelectioniones Academicæ in Hugonis Grotii De Jure Belli et Pacis Libros Tres*, Roboreti 1746, ad II, XI, vi; DERS., *Praelectioniones Academicæ in Sam. Pufendorfi De Officio Hominis et Civis Libros II*, Neapoli 1773, ad I, IX, xii; DERS., *Elementa Juris Naturæ et Gentium*, Halae 1738, T. 1, CCCXCIII, p. 326. Vgl. HAUPT, *Lehre vom Irrtum*, S. 32, 36 Anm. 1.

<sup>46</sup> HEINECCIUS, Grotius, ad II, XI, vi; DERS., Pufendorf, ad I, IX, xii; DERS., EJNG, T. 1, CCCXCIII, p. 326.

schen Lehre des 17. Jahrhunderts, ohne Rücksicht auf das Nichtvorhandensein des Verschuldens.<sup>47</sup>

### c) Gundling

Für den dritten Typ der Irrtumslehre im 18. Jahrhundert stand die Lehre Gundlings.<sup>48</sup> Sie unterschied zunächst zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum. Für den zweiseitigen Irrtum wurde Konsensmangel mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrages dann anerkannt, wenn der Irrtum die hauptsächliche Absicht der Kontrahenten betraf.<sup>49</sup> Gundling vertrat die Auffassung, daß der Vertrag in diesem Falle mangels des wechselseitigen Konsenses (*consensus reciprocus*) überhaupt nicht existiere<sup>50</sup> und aus diesem Grunde auch nicht entschieden werden müsse, wer den aus der Nichtigkeit des Vertrages wegen Irrtums entstehenden Schaden tragen solle, da beide Kontrahenten sich gemeinsam geirrt hätten.<sup>51</sup>

Auch beim einseitigen Irrtum nahm Gundling den Mangel des wechselseitigen Konsenses an, wenn der Irrtum die hauptsächliche Absicht der Kontrahenten betraf.<sup>52</sup>

In diesem Falle entstand aus der Nichtigkeit des Vertrages dem nicht irrenden Gegner oft ein Schaden, dessen Ausgleich hier – im Gegensatz zum zweiseitigen Irrtum – der rechtlichen Regelung bedurfte.<sup>53</sup> Es wäre nun zwar denkbar gewesen, im Anschluß an Grotius und Coccejus nur den schuldhaft Irrenden zum Schadensersatz für den Gegner zu verpflichten, dadurch wäre aber der Nichtirrende unbilligerweise dann ohne Schutz geblieben, wenn durch den Irrtum zwar Schaden entstanden, dem Irrenden jedoch kein Verschulden zuzurechnen gewesen wäre. Aus diesem Grunde wollte Gundling den Irrenden auch dann zum Schadensersatz verpflichten, wenn diesem kein Verschulden anzulasten

<sup>47</sup> HEINECCIUS, EJC<sub>s</sub>OP, T.1, § 255.

<sup>48</sup> NICOLAUS HIERONIMUS GUNDLING, *Schwehre Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelarteit*, in: Gundlingiana, 33. Stück, Halle 1724, S. 205–250; DERS., *Ius Naturae ac Gentium connexa Ratione Novaque Methodo*, Halae Magdeburgicae 1736, p. 45–46; DERS., *Ausführliche und gründliche Discourse über die sämtlichen Pandecten*, Vol.1, Frankfurt-Leipzig 1739, ad D.18.1 S. 1119–1123; DERS., *Erläuterung über S. Pufendorfi zwey Bücher De Officio Hominis & Civis*, ad I, IX, xii, S. 125–126. Vgl. OEBICKE, *Wille und Erklärung*, S. 10–14; LUIG, *Zeiller*, S. 160; DERS., *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht*, in: ZRG GA 96 (1979), S. 38–54.

<sup>49</sup> GUNDLING, *Schwehre Lehre*, XVIII, S. 231–233; DERS., *Discourse*, Vol.1, S. 1120.

<sup>50</sup> GUNDLING, *Schwehre Lehre*, X, S. 211–222.

<sup>51</sup> GUNDLING, *Schwehre Lehre*, XII, S. 222: „Irrthum von Irrthum geht auf, wie 0 von 0“.

<sup>52</sup> GUNDLING, *Schwehre Lehre*, XII–XVI, S. 222–230; DERS., *Discourse*, Vol.1, S. 1120.

<sup>53</sup> GUNDLING, *Schwehre Lehre*, XII, S. 222: „warum soll dieser den Verlust tragen?“

war.<sup>54</sup> Auch Gundling trennte so die Frage des Schutzes der Zuverlässigkeit von der Frage der Nichtigkeit eines Vertrages wegen des Konsensmangels. Dies hielt ihn jedoch nicht davon ab, zu behaupten, der Schaden könne „nicht besser, nicht leichter, nicht geschwinder und ohne Umschweif ersetzt, oder getilget werden, als wenn der Contract nicht vernichtet“ werde.<sup>55</sup>

Damit nahm auch Gundling Thomasius' Prinzip „error in dubio debet imputari erranti“ auf.<sup>56</sup> Eine Ausnahme von diesem Prinzip sollte nur dann zugelassen werden, wenn der Nichtirrende den Irrtum des Gegners arglistig oder fahrlässig veranlaßt hatte, womit sich der Grund des Schutzes der Zuverlässigkeit erledigte.<sup>57</sup> Nach Gundling lag auch die Begründung für die Unbeachtlichkeit des Motivirrtums in der Schuld des Irrenden, sein Motiv nicht zu einer ausdrücklichen Bedingung gemacht zu haben und in der mangelnden Verpflichtung des Gegners, das Motiv des Irrenden festzustellen.<sup>58</sup>

In gleicher Weise war für ihn hinsichtlich der Beachtlichkeit des Eigenschaftsirrtums entscheidend, ob der Gegner nicht etwa den Irrtum arglistig oder fahrlässig hervorgerufen hatte.<sup>59</sup>

Wie oben ausgeführt, gingen die Irrtumslehren von Heineccius und Gundling davon aus, daß ein Vertrag, der eigentlich wegen eines Konsensmangel bewirkenden Irrtums nichtig war, dann gelten sollte, wenn den Irrenden ein Vorwurf des Verschuldens traf (Heineccius), oder wenn der Nichtirrende den Irrtum des Gegners weder arglistig noch fahrlässig hervorgerufen hatte (Gundling). Beide Fälle verband eine utilitaristische Behandlung aus den Gründen des Schutzes der Zuverlässigkeit; die Autoren konnten dabei nicht begründen, warum in diesen Fällen der eigentlich nichtige Vertrag dennoch seine Gültigkeit behielt. Trotz dieses m. E. naheliegenden, gewichtigen Einwandes gegen die Vorstellungen von Heineccius und Gundling, sind diese in der Folgezeit herrschende Meinung gewesen.

<sup>54</sup> GUNDLING, Schwehre Lehre, XXI, S. 236: „Wer den andern in Verlust setzt, ist ex obligatione connata sine suo consensu & pacto nouo verbunden, denselben schadloß zu halten“; DERS., ING, p. 45–46.

<sup>55</sup> GUNDLING, Schwehre Lehre, XXI, S. 236.

<sup>56</sup> GUNDLING, Schwehre Lehre, XIV, S. 227; DERS., ING, p. 46.

<sup>57</sup> GUNDLING, Schwehre Lehre, XIX, S. 233.

<sup>58</sup> GUNDLING, Schwehre Lehre, XIII, S. 224–226; DERS., Discourse, Vol. 1, S. 1121–1122.

<sup>59</sup> GUNDLING, Schwehre Lehre, XIX, S. 232–233.

## II. Irrtumslehren an der Wende zum 19. Jahrhundert

Die oben dargestellten drei Typen der Irrtumslehre beeinflussten im Laufe des 18. Jahrhunderts sowohl die Naturrechtslehren als auch die Kodifikationen und die gemeinrechtlichen Lehren. Im folgenden soll nur die Entwicklung der Irrtumslehren im Zeitalter an der Wende zum 19. Jahrhundert, und damit der Zeitraum kurz vor Entstehung der Irrtumslehre Savignys, untersucht werden.

### 1. Naturrechtslehren

Auch an der Wende zum 19. Jahrhundert wurden in den Naturrechtslehren die oben dargestellten drei Typen der Irrtumslehre mit Variationen vertreten.

Die Lehren des Typs (A) gingen davon aus, daß ein Vertrag wegen Irrtums stets nichtig war, wenn dieser einen Konsensmangel bewirkte, gleichgültig, ob beim Irrenden ein Verschulden vorlag oder der Nichtirrende den Irrtum nicht veranlaßt hatte.<sup>60</sup>

Für die Lehren des Typs (B) war ein Vertrag wegen Irrtums demgegenüber nur dann nichtig, wenn seitens des Irrenden kein Verschulden vorlag.<sup>61</sup>

Für die Lehren des Typs (C) war für die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Irrtums allein entscheidend, daß der nichtirrende Gegner den Irrtum arglistig oder fahrlässig hervorgerufen haben mußte.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Z. B. LUDWIG JULIUS HÖPFNER, *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*, 2. Aufl., Gießen 1783, S. 66 (allerdings forderte er in der 6. Aufl. das Nichtvorhandensein der groben Nachlässigkeit); LEOPOLD FRIEDRICH FREDERSDORF, *System des Rechts der Natur*, Braunschweig 1790, S. 119; GOTTLIEB HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena 1790, S. 119–120; LUDWIG HEINRICH JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, S. 190–192; KARL HEINRICH HEYDENREICH, *System des Naturrechts*, 2. Theil, Leipzig 1795, S. 101–104; ERNST FERDINAND KLEIN, *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft*, Halle 1797, S. 86, S. 90–91; LAZARUS BENDAVID, *Versuch einer Rechtslehre*, Berlin 1802, Nachdruck: Bruxelles 1969, S. 114–120; KARL HEINRICH GROS, *Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft*, 4. Ausg., Stuttgart-Tübingen 1822, S. 134–136; ANTON BAUER, *Lehrbuch des Naturrechts*, 3. Ausg., Göttingen 1825, S. 154–155.

<sup>61</sup> Z. B. JOHANN AUGUST SCHLETTWEIN, *Die Rechte der Menschheit*, Gießen 1784, S. 278–279; JOHANN GOTTLIEB BUHLE, *Lehrbuch des Naturrechts*, Göttingen 1798, Nachdruck: Bruxelles 1969, S. 138–139; JOHANN CHRISTIAN FRIEDRICH MEISTER, *Lehrbuch des Natur-Rechts*, Frankfurt a. d. O. 1809, S. 252–253; WILHELM TRAUOGOTT KRUG, *System der praktischen Philosophie*, 1. Theil, Königsberg 1817, S. 191–192.

<sup>62</sup> Z. B. GOTTFRIED ACHENWALL, *Ius Naturae*, 7. ed., Göttingae 1774, p. 160–162; IO. AUG. HENR. ULRICH, *Initia Philosophiae Iusti*, Ienae 1783, p. 137–141; KARL VON MARTINI, *Lehrbegriff des Natur-, Staats und Völkerrechts*, Bd. II, Wien 1784, S. 81–82; DERS., *Lehrbegriff des Naturrechts*, Wien 1799, S. 176–177; GEORG RASP, *Erläuterungen des*

Betrachtet man nun die Erörterungen in den damaligen Naturrechtslehren, so ist festzustellen, daß die Erweislichkeit und die Erkennbarkeit des Irrtums besonders eingehend behandelt wurden.

#### a) Erweislichkeit des Irrtums

Die Lehren von Hufeland, Jacob und Bauer entsprechen dem Typ (A).<sup>63</sup> In ihnen ist zur Erweislichkeit des Irrtums ausgeführt, daß derjenige, welcher die Gültigkeit eines Vertrages wegen seines Irrtums bestreite, dem Gegner diesen Umstand beweisen müsse, wobei allerdings die bloße Behauptung des Irrtums für sich allein noch keinen Beweis darstelle (Jakob)<sup>64</sup>; die entscheidende Frage sei vielmehr, ob der Gegner sich durch den Beweis überzeugen könne (Hufeland)<sup>65</sup>. Auf demselben Typ (A) beruhend, bemerkte Bauer, der Lehrer Savignys in dessen Marburger Studentenzeit, Dasein des Irrtums müsse äußerlich erkennbar sein und daher im Zweifel erwiesen werden.<sup>66</sup>

Den gleichen Standpunkt vertrat Buhle, dessen Lehre Typ (B) zuzurechnen ist,<sup>67</sup> mit der Begründung, daß die Beurteilung der Frage des Irrtums und seines Einflusses auf das Zustandekommen des Vertrages vom Subjekt des Irrenden abhängig sei, der Irrende seinen Irrtum daher beweisen müsse, während es vom Gegner abhängige, ob dieser sich durch den Beweis überzeugen lasse.<sup>68</sup>

Die Frage der Erweislichkeit des Irrtums wurde damit ein Mittel zur Feststellung des Konsensmangels.

#### b) Erkennbarkeit des Irrtums

Die zeitgenössischen Naturrechtslehren unterschieden die Erkennbarkeit des Irrtums durch den Gegner hinsichtlich ihrer Funktion von der Erweislichkeit des Irrtums als dem Mittel zur Feststellung des Konsensmangels.

Lehrbegriffs des Naturrechts, Practischer Theil, Wien 1795, S. 200–204; FRANZ EDLEN VON ZEILLER, Das natürliche Privatrecht, 3. Aufl., Wien 1819, S. 145–148; CARL ROTTECK, Lehrbuch des Vernunftrechts, Bd. 1, Lehrbuch des natürlichen Privatrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1840, S. 214–217.

<sup>63</sup> HUFELAND, Lehrsätze, S. 118; JAKOB, NR, S. 190–191; BAUER, NR, S. 154.

<sup>64</sup> JAKOB, NR, S. 192.

<sup>65</sup> HUFELAND, Lehrsätze, S. 119.

<sup>66</sup> BAUER, NR, S. 155, Anm. c. Savigny hörte seine Vorlesungen über das Wechselrecht im Wintersemester 1795/96 in Marburg. Vgl. Marburger UB, Savigny Nachlaß, Ms. 925/27.

<sup>67</sup> BUHLE, Lehrbuch, S. 139.

<sup>68</sup> BUHLE, Lehrbuch, S. 139.

Lehren, die dem Typ (C) zuzurechnen sind, haben in den damaligen Naturrechtslehren u. a. Ulrich, Rasp, Zeiller und nicht zuletzt Rotteck vertreten. Wie Gundling gingen auch sie davon aus, daß sich der Irrende wegen seines Irrtums nur dann auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen konnte, wenn der Gegner den Irrtum hervorgerufen hatte.<sup>69</sup> Sie fügten aber dieser Regel eine Ausnahme hinzu. Ein Vertrag sollte nämlich auch dann nichtig sein, wenn der Gegner den Irrtum des Irrenden hätte erkennen können oder müssen, auch wenn der Gegner selbst den Irrtum nicht veranlaßt haben mochte.<sup>70</sup> Hier ist die Erkennbarkeit des Irrtums als ein Kriterium zu verstehen, durch das die Regel der Unbeachtlichkeit des nicht vom Gegner veranlaßten Irrtums ausnahmsweise eingeschränkt werden sollte.

Mag auch die besondere Betonung von Erweislichkeit und Erkennbarkeit des Irrtums mit der Hervorhebung der Bedeutung des Zeichens für die Willenserklärung in den damaligen Naturrechtslehren im Zusammenhang stehen,<sup>71</sup> sollte dabei nicht die unterschiedliche Funktion von Erweislichkeit und Erkennbarkeit in diesem, im einzelnen bereits im 18. Jahrhundert ausgebildeten Typ einer Irrtumslehre übersehen werden.

## 2. Kodifikationen

Die drei Typen der Irrtumslehren des 18. Jahrhunderts haben auch die Irrtumsregelungen in den großen Kodifikationen beeinflußt, die an der Wende zum 19. Jahrhundert entstanden.

Beschränkt man sich auf den deutschsprachigen Raum, so sind es das ALR, der Codex Maximilianeus, das ABGB und das Badische Landrecht, die aus ihnen wesentliche Gesichtspunkte übernahmen.

### a) Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten (ALR)

Während das ältere Landrecht (verbessert 1721) die kasuistische Irrtumslehre der gemeinrechtlichen Lehren übernommen hatte,<sup>72</sup> bestimm-

<sup>69</sup> ULRICH, *Initia*, p. 138 Anm. \*; RASP, *Erläuterungen*, *Prac. Theil*, S. 200; ZEILLER, *NPR*, S. 146; ROTTECK, *Lehrbuch*, Bd. 1, S. 215.

<sup>70</sup> ULRICH, *Initia*, p. 140; RASP, *Erläuterungen*, *Prac. Theil*, S. 200–201; ZEILLER, *NPR*, S. 146–147; ROTTECK, *Lehrbuch*, Bd. 1, S. 216–217.

<sup>71</sup> Über die Bedeutung des Zeichens als eines zur Erklärung der Inneren unentbehrlichen Mittels, vgl. FRITZ VON HIPPEL, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen 1936, S. 159–168, u. a. S. 161 Anm. 5.

<sup>72</sup> *Verbessertes Land-Recht des Königreichs Preußen, Königsberg 1721*, VI, Art. VIII, i–iv. Seine Irrtumsregelung ist m. E. der Lehre von STRUVE, *Syntaxma*, ad D.18.1, VIII–XI

te das ALR<sup>73</sup> von 1794, daß eine Willenserklärung wegen eines geschäftlichen Irrtums ungültig sei, unabhängig davon, ob der Irrtum unvermeidbar gewesen oder von dem anderen Kontrahenten veranlaßt worden sei.

Irrtumstatbestände, deren Vorliegen die Abgabe einer gültigen Willenserklärung durch den Irrenden regelmäßig ausschlossen, waren der Irrtum über den wesentlichen Bestandteil des Geschäfts, über den Hauptgegenstand der Willenserklärung, in der Person des Mitkontrahenten (allerdings nur, wenn die Identität der Person *conditio sine qua non* für die Willenserklärung war) sowie über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die ausdrücklich oder gewöhnlich vorausgesetzt wurden.<sup>74</sup> Diese Regelung steht m. E. Coccejus näher als den gemeinrechtlichen Lehren des 17. Jahrhunderts. Das ALR läßt dabei auch die Tendenz erkennen, die Irrtumsfrage unter dem Oberbegriff des Willens gemeinsam mit den Bestandteilen des Rechtsgeschäfts, d. h. *essentialia, naturalia* und *accidentalia negotii* zu behandeln.

Ein beachtlicher Irrtum ist für das ALR wie schon erwähnt namentlich der Irrtum im wesentlichen Bestandteil des Geschäfts. Es ist zwar unklar, was der Verfasser des ALR darunter verstanden hat,<sup>75</sup> doch finden sich Erklärungen in den frühen Kommentaren, die diesen Irrtum und die anderen, oben angeführten Irrtumsfälle (Irrtum im Hauptgegenstand, in der Person des Mitkontrahenten usw.), als Irrtum über die *essentialia negotii* auffassen.<sup>76</sup>

Kriterium für die Beachtlichkeit des Eigenschaftsirrturns war im ALR nicht die Verschiedenheit des Stoffes als solchem, sondern die Frage, ob die betreffende Eigenschaft ausdrücklich zum Inhalt der Vereinbarung gemacht worden war oder nicht<sup>77</sup>. In diesem Zusammenhang

ähnlich.

<sup>73</sup> Betreffs der Irrtumsregelung im ALR, vgl. OEBICKE, Wille und Erklärung, S. 19–22; HAUPT, Lehre vom Irrtum, S. 32–34; HAMMEN, Bedeutung Savignys, S. 109.

<sup>74</sup> ALR I, 4, §§ 75–83.

<sup>75</sup> So CHRISTIAN KOCH, ALR mit Kommentar in Anmerkungen, Theil 1, Bd. 1, 4. Aufl., Berlin 1862, ALR I, 4, § 75 Anm. 80.

<sup>76</sup> Z. B. M. C. F. W. GRÄVELL, Die Generaltheorie der Verträge nach preußischem Rechte, Halle 1821, ALR I, 4, § 75 Anm. \*\*; ERNST FERDINAND KLEIN, System des Preußischen Civilrechts, neu bearbeitet von FR. und L. RÖNNE, 2. Ausg., Bd. 1, Halle 1835, S. 96; W. BORNEMANN, Von Rechtsgeschäften überhaupt und Verträgen insbesondere, nach preußischem Rechte, 2. Ausg., Berlin 1833, S. 132; DERS., Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. 1, 2. Ausg., Berlin 1842, S. 141 Anm. 5. Diese Auffassungsweise fehlt z. B. bei JOHANN FRANZ THÖNE, Fundamental-Lehren des Preußischen Privatrechts, Bd. 2, Leipzig 1835, S. 154 und KOCH, Kommentar, Bd. 1, ALR I, 4, § 75 Anm. 80.

<sup>77</sup> Vgl. KOCH, Kommentar, Bd. 1, ALR I, 4, § 77 Anm. 84. Danach soll es nur darauf ankommen, ob eine Sache von einem bestimmten Stoffe oder von einer gewissen Eigenschaft gefordert worden ist, nicht auf die Verschiedenheit des Stoffes an sich, auch

behandelt das ALR auch den Irrtum über die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Ein Kommentator, Grävell, verstand darunter den die *naturalia negotii* betreffenden Irrtum.<sup>78</sup> Wenn wir auch wegen des Mangels an aussagefähigen Quellen zu diesem Thema die interessante Frage nach einem entstellungsgeschichtlichen Zusammenhang der Lehren von Coccejus und Titius mit der Irrtumsregelung des ALR dahingestellt sein lassen müssen, so können wir doch feststellen, daß das ALR – wie auch Coccejus und Titius – die Fiktion der stillschweigenden oder ausdrücklichen Bedingung überwinden konnte, indem es den Irrtum über die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften neben dem Irrtum in den ausdrücklich vorausgesetzten berücksichtigte.

Ein Motivirrtum sollte nach ALR grundsätzlich unbeachtlich sein, sofern das Motiv nicht zu einer ausdrücklichen Bedingung gemacht worden war.<sup>79</sup> Ein Motiv gehörte weder zu *essentialia* noch zu *naturalia negotii*, sondern höchstens zu den *accidentalia negotii*. Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Motivirrtums war nach dem gedruckten Entwurf für den Fall vorgesehen, daß das Motiv ausdrücklich erklärt worden war und sich aus den Umständen ergab, daß jenes Motiv die einzige Ursache für die betreffende Willenserklärung gewesen war.<sup>80</sup> Das ALR selbst faßte jedoch diese Ausnahme enger und beschränkte sie auf den Fall der *lukrativen causa*.<sup>81</sup>

Was die Behandlung des Verschuldens des Irrenden anbelangt, sollte nach ALR das eigene grobe oder mäßige Versehen den Irrenden nur zum Schadensersatz des Gegners verpflichten, also das ungültige Geschäft nicht wieder gültig machen können, falls es sich um einen, die *essentialia negotii* betreffenden Irrtum handelte.<sup>82</sup> Dagegen sollte das Nichtvorhandensein des eigenen groben oder mäßigen Versehens bei einem die *naturalia negotii* betreffenden Irrtum in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ein unentbehrliches Erfordernis zu seiner Beachtlichkeit sein.<sup>83</sup> Ein Mangel der ins Auge fallenden Eigenschaften war leicht zu erkennen, wenn man nur die beim betreffenden Geschäft

nicht darauf, ob die Sache, nach den im gemeinen Verkehr herrschenden Begriffen, zu einer anderen Art gerechnet wird.

<sup>78</sup> GRÄVELL, Verträge, ALR I, 4, § 75 Anm. \*\*; ebenso auch BORNEMANN, Rechtsgeschäfte, S. 136. Allerdings findet sich auch die Meinung, die diese Stelle im ALR als einen Fall der stillschweigenden Bedingung erläutert. So z. B. THÖNE, Fundamental-Lehren, Bd. 2, S. 158.

<sup>79</sup> ALR I, 4, § 149.

<sup>80</sup> Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches, Th. 2, Berlin-Leipzig, II, 1, § 132.

<sup>81</sup> ALR I, 4, § 150.

<sup>82</sup> ALR I, 4, §§ 78–79, vgl. OEBICKE, Wille und Erklärung, S. 22.

<sup>83</sup> ALR I, 4, § 82.

gewöhnliche Aufmerksamkeit übte; ließ es der Irrende an dieser Aufmerksamkeit fehlen, so hatte er dies zu vertreten.<sup>84</sup>

b) Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (CMBC) und das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Österreich (ABGB)

Der bereits weiter oben erörterte Grundsatz, wonach ein Irrtum nur dann beachtlich sein sollte, wenn der nichtirrende Teil ihn arglistig oder fahrlässig veranlaßt hatte, prägt die Irrtumsregelung im CMBC<sup>85</sup> von 1756, wogegen das Landrecht von 1657 nur denjenigen Irrtum für beachtlich gehalten hatte, der „so auch wohl einem fleißigen hätte widerfahren mögen“<sup>86</sup>. Deshalb hat das Vorliegen eines Irrtums nach CMBC auch nicht grundsätzlich die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge. Ausgenommen hiervon sind die Fälle, in denen der Irrtum einen Hauptgegenstand des Vertrages betrifft, und zwar arglistig oder fahrlässig (*dolo vel culpa*) vom nichtirrenden Gegner hervorgerufen wurde (IV, I, § 25).

Ursprünglich hatte Gundling diese Lehre nur im Hinblick auf den einseitigen Irrtum entwickelt; der CBMC unterschied dagegen nicht mehr zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum.<sup>87</sup>

Jene Grundsätze der Irrtumslehre, die in den CMBC übernommen worden waren, fanden auch Eingang in die österreichische Kodifikation. Während der Codex Theresianus von 1766 und der Entwurf von Horten aus dem Jahre 1772 noch von den gemeinrechtlichen Lehren des 17. Jahrhunderts geprägt waren<sup>88</sup>, beruhte die Irrtumsregelung im Entwurf von Martini auf der Vorstellung, daß ein Irrtum regelmäßig seinem Verursacher zuzurechnen sei.<sup>89</sup>

<sup>84</sup> CARL GOTTLIEB SUAREZ, Vorträge über Recht und Staat, hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, Köln-Opladen 1960, S. 277; GRÄVELL, Verträge, ALR I, 4, § 82 Anm. \*; BORNEMANN, Systematische Darstellung, Bd. 1, S. 144. Diese Bestimmung hängt also mit der Regelung über die Gewährleistung (ALR I, 5, § 330) zusammen.

<sup>85</sup> Betreffs der Irrtumsregelung im CMBC, vgl. HAUPT, Lehre vom Irrtum, S. 35; LUIG, Zeiller, S. 160.

<sup>86</sup> Landrecht der Churfürstl. Durchs. in Bayern & Fürstentümb der Oberrn Pfaltz, München 1657, Erster Thail, Der achte Titul, p. 215–216.

<sup>87</sup> Vgl. WIGULAEUS XAVERIUS ALOYSIUS KREITTMAYR, Anmerkungen über den Codicem Maximilianicum Bavaricum Civilem, Theil 4, München 1765, IV, I, § 25, n. 3.

<sup>88</sup> Vgl. PHILIPP HARRAS RITTER von HARRASOWSKY, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, Codex Theresianus, Bd. 3, Wien 1884, III, 2, XI, Art. 111–119; Entwurf Horten's, Wien 1886, III, 1, §§ 25–30. Die Irrtumsregelungen der beiden sind m. W. der Lehre von LAUTERBACH, Collegium, T.1, ad D.18.1, CV–CXIV ähnlich. Betreffs der Irrtumsregelung im ABGB, vgl. OEBICKE, Wille und Erklärung, S. 22–24; HAUPT, Lehre vom Irrtum, S. 36–38; besonders ausführlich LUIG, Zeiller, passim.

<sup>89</sup> KARL von MARTINI, Entwurf eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (Der Urentwurf), in: Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen

Nach dem Urentwurf war ein Vertrag wegen Irrtums überhaupt nur dann ungültig, wenn ein Vertragspartner den anderen durch falsche Angaben irregeführt hatte, und der Irrtum die Hauptsache betraf, d. h. den Gegenstand, auf den die Absicht des Irrenden vorzüglich gerichtet und erklärt war. Bei der Irreführung durch falsche Angaben sollte es nicht darauf ankommen, ob diese vom Gegner *dolo vel culpa* gemacht worden waren.<sup>90</sup> Betraf der Irrtum nicht die Hauptsache, sondern einen Nebenumstand, kam gegebenenfalls nur Schadensersatz in Frage, während der Vertrag weiterhin gültig blieb.<sup>91</sup>

Veranlaßte ein Dritter den Irrtum, so war nur er zur Verantwortung zu ziehen, während der Vertrag seine Gültigkeit behielt, es sei denn, daß der nichtirrende Kontrahent von dem Vorhaben des Dritten gewußt oder gar daran teilgenommen hatte.<sup>92</sup> Hatte der Irrende seinen Irrtum selbst verursacht, so mußte er, bei unverändert gültigem Vertrag, den Schaden, der seinem Vertragspartner daraus entstanden war, ersetzen.<sup>93</sup>

Ein Motivirrtum sollte auf die Gültigkeit eines Vertrages grundsätzlich keinen Einfluß haben, sofern das Motiv nicht ausdrückliche Bedingung war.<sup>94</sup>

Im Verlauf der Überprüfung des Urentwurfs durch die neue Gesetzeskommission schlug Zeiller vor, den die Identität der Person betreffenden Irrtum dem Irrtum in der Hauptsache gleichzustellen, wenn er für den Vertragsschluß eine *conditio sine qua non* gewesen war.<sup>95</sup>

Weiterhin wurde vorgeschlagen, die Verursachung des Irrtums durch Dritte und jene durch den anderen Kontrahenten gleich zu behandeln.<sup>96</sup>

Schließlich regte Zeiller noch an, Verträge als ungültig zu behandeln, bei denen dem annehmenden Teil der obwaltende Irrtum offenbar aus den Umständen aufgefallen sein mußte.<sup>97</sup>

Hinsichtlich des Motivirrtums machte Zeiller den Vorschlag, ihn bei unentgeltlichen Verträgen dann zu beachten, wenn der Versprechende

Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, hrsg. von Julius Ofner, Bd. 1, Wien 1889.

<sup>90</sup> Urentwurf III, 1, § 17.

<sup>91</sup> Urentwurf III, 1, § 18.

<sup>92</sup> Urentwurf III, 1, § 19.

<sup>93</sup> Urentwurf III, 1, § 20.

<sup>94</sup> Urentwurf III, 1, § 30.

<sup>95</sup> OFNER, Ur-Entwurf, Bd. 2, S. 13–14.

<sup>96</sup> OFNER, Ur-Entwurf, Bd. 2, S. 13. Es ist unbekannt, wer es vorschlug.

<sup>97</sup> OFNER, Ur-Entwurf, Bd. 2, S. 14.

irreführt worden war und sein Wille einzig und allein auf diesem Irrtum beruht hatte.<sup>98</sup>

Diese Vorschläge wurden zunächst angenommen. Bei der Superrevision kritisierte jedoch Pfleger die vorgeschlagene Gleichstellung der Verursachung des Irrtums durch Dritte und durch Mitkontrahenten. Er machte seinerseits den Vorschlag, die Regelung des Urentwurfs wiederherzustellen. Trotz des Widerstandes von Eichen und Pratobevera wurde der Vorschlag Pflegers – wahrscheinlich weil Zeiller und Hahn ihm zustimmten – angenommen.<sup>99</sup> Die auf diese Weise entstandene Irrtumsregelung des ABGB<sup>100</sup> von 1811 entsprach in ihren Grundzügen der schon oben dargestellten, von Ulrich, Rasp, Zeiller und später auch von Rotteck vertretenen naturrechtlichen Irrtumslehre, indem auch sie sich an dem Prinzip der Unbeachtlichkeit des nicht vom Gegner veranlaßten Irrtums orientierte, mit der Ausnahme, daß dem nichtirrenden Mitkontrahenten der Irrtum seines Vertragspartners bekannt gewesen war oder dies zumindest hätte sein müssen.

Konsequenterweise machte auch der Eigenschaftsirrtum nur dann den Vertrag ungültig, wenn der Irrtum eine wesentliche Beschaffenheit der Hauptsache betraf, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden war, und zwar wenn ein Teil von dem anderen Teile durch falsche Angaben irreführt worden war<sup>101</sup> oder der von dem versprechenden Teil selbst verursachte Irrtum dem annehmenden Teile offenbar aus den Umständen auffallen mußte.<sup>102</sup>

Es ist übrigens bemerkenswert, daß Zeiller unter dem ersteren Tatbestand nicht nur den Fall verstand, daß eine von der beabsichtigten ganz verschiedene Sache untergeschoben wurde, sondern auch, wenn es der Sache an den Eigenschaften mangelte, die man ausdrücklich, oder vermöge der ihrer natürlichen, gewöhnlichen, oder vermöge der besonders beigesetzten Beschaffenheit oder Bestimmung gefordert hatte.<sup>103</sup> Wahrscheinlich hatte also auch Zeiller hier dieselbe Idee wie die im ALR und

<sup>98</sup> OFNER, Ur-Entwurf, Bd. 2, S. 18–19.

<sup>99</sup> OFNER, Ur-Entwurf, Bd. 2, S. 556–557.

<sup>100</sup> ABGB §§ 871–876, 901. Vgl. ZEILLER, Commentar über ABGB, Bd. 3, Wien-Triest 1812, S. 33–42, 84–87. Die Beispiele der Fälle, wann die Erkennbarkeit des Irrtums seitens des Gegners anerkannt werden sollte, sind: wenn jemand aus auffallendem Versehen einem Straßenbettler eine Goldmünze statt einer kupfernen schenkte und wenn eine Rechnung mit einem offenbaren Rechnungsverstoß abgeschlossen wurde, ZEILLER, Commentar, Bd. 3, S. 42.

<sup>101</sup> ABGB § 871.

<sup>102</sup> ABGB § 876.

<sup>103</sup> ZEILLER, Commentar, Bd. 3, S. 34.

faßte „die natürliche Beschaffenheit oder Bestimmung“ als diejenige auf, die aus den *naturalia negotii* folgte.<sup>104</sup>

### c) Das Badische Landrecht (BLR)

Das BLR<sup>105</sup> von 1809 hatte den Code Civil (CC) von 1804 mit Modifikationen und Zusätzen aufgenommen. Seine Irrtumsregelung beim Vertrag besagte, daß ein Irrtum gegebenenfalls die Ursache für die Nichtigkeit des Vertrages sein konnte, aber stets dann unberücksichtigt bleiben sollte, wenn der Irrende ihn selbst verschuldet hatte.

Nach dem CC war ein Irrtum dann die Ursache für die Nichtigkeit des Vertrages, wenn er „la substance de la chose qui en est l'object“ oder die Person betraf, deren Berücksichtigung die Hauptsache der Übereinstimmung war.<sup>106</sup> Anstelle des Ausdrucks „la substance de la chose“ gebrauchte das BLR die Formulierung: „das Wesen der Sache oder die Eigenschaft des Vertrages“.<sup>107</sup> Brauer, der Verfasser des BLR, definierte „das Wesen der Sache“ als „zuvörderst ihre Selbstheit (Individualität), bestehend aus dem Stoff und aus der Bildung desselben für eine bestimmte Art des Daseyns, sodann jene Beschaffenheit, welche man nach ihrem äußeren Ansehen an ihr zu finden erwarten darf, soweit solche unentbehrlich ist und für den gewöhnlichen Gebrauch derselben, oder für eine zwar mindergewöhnliche Benutzung, die aber ausdrücklicher Zweck des Verlangens einer oder der andern Vertragsperson war“.<sup>108</sup> Unter dem Begriff der „Eigenschaft des Vertrages“ verstand er „jene Hauptbeschaffenheit, wodurch derselbe zu demjenigen Rechtswesen wird, das er in der Absicht der Vertragspersonen seyn soll, z. B. ein Kauf, ein Tausch“.<sup>109</sup>

Hinter dieser Modifikation im BLR stand offenbar die Absicht des Verfassers, statt des streitigen Begriffs „la substance de la chose“ die Nichtigkeit des Vertrages hervorrufenden Irrtumsfälle im Zusammen-

<sup>104</sup> In der Regelung über die Gewährleistung im ABGB (§ 922) ist der Ausdruck noch bestimmter: „wenn jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem Andern überläßt, so leistet er Gewähr, daß sie die ausdrücklich bedungenen, oder gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäftes, oder der getroffenen Verabredung gemäß benützt, und verwendet werden könne“. Diese Regelung entspricht der im ALR I, 5, §§ 325, 329.

<sup>105</sup> Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Großherzogtum Baden, Karlsruhe 1809, Nachdruck: Frankfurt a. M. 1986.

<sup>106</sup> CC art. 1110.

<sup>107</sup> BLR Satz 1110.

<sup>108</sup> J. N. FR. BRAUER, Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich badische bürgerliche Gesetzgebung, Bd. 3, Karlsruhe 1810, S. 11–12.

<sup>109</sup> BRAUER, Erläuterungen, Bd. 3, S. 12.

hang des Konsenses mit dem einzelnen Bestandteil des Vertrages zu bestimmen. CC art. 1108 bzw. BLR Satz 1108 führte nämlich als die für einen gültigen Vertrag notwendigen Momente den Vertragsgegenstand, die causa des Vertrages und die Vertragsfähigkeit der Parteien an. Dementsprechend bestimmte das BLR im Satz 1110 als die Nichtigkeit des Vertrages bewirkenden Irrtum denjenigen über das Wesen der Sache, die Eigenschaft des Vertrages oder die Person des Kontrahenten.

Auch die Unterscheidung zwischen Motivirrtum und falscher causa wurde in das BLR übernommen. Aus den Erläuterungen Brauers geht hervor, daß der Motivirrtum nur dann zur falschen causa werden sollte, wenn das Motiv dem Gegner erklärt worden war und der Irrende ohne dieses irrige Motiv vernünftigerweise den betreffenden Vertrag nicht oder anders geschlossen hätte.<sup>110</sup> Dennoch ist es m. E. nicht zu leugnen, daß der Schutz des Motivirrtums im BLR letzten Endes unbestimmt worden ist.

Der grundlegende Gesichtspunkt der Irrtumsregelung im BLR sollte wie im CC der Konsensmangel sein. Davon ausgehend, verneinte der Verfasser des BLR die in den zeitgenössischen gemeinrechtlichen Lehren herrschende Unterscheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum. Die Nichtigkeit des Vertrages war demnach – auch bei zweiseitigem Irrtum – erst mit der Nichtigkeitsbehauptung eines der Kontrahenten zu bewirken, sofern dafür die Voraussetzungen nach Satz 1110 BLR vorlagen.<sup>111</sup>

Obwohl das BLR in seiner Irrtumsregelung so weitergehend auf den Gesichtspunkt des Konsensmangels abstellte, enthielt es doch auch im Zusatz 1110a – anders als CC in art. 1110 – die Bestimmung, ein Irrtum, der selbstverschuldet sei, entkräfte den Vertrag nicht. Ein selbstverschuldeter Irrtum sollte dann vorliegen, wenn der Irrende durch eine Prüfung das Wesen und die Eigenschaft der Sache kennenlernen konnte und diese trotzdem unterließ. Es mußte sich um Selbstverschulden eines solchen Grades handeln, wie ihn die Natur des betreffenden Geschäfts erforderte, damit es der Richter berücksichtigen konnte.<sup>112</sup>

Mit der Ergänzung des Zusatzes 1110a wies das BLR eine ähnliche Regelung der Irrtumsproblematik auf, wie das geltende Japanische Bürgerliche Gesetzbuch von 1898, nach dessen Bestimmungen eine Willenserklärung, bei deren Abgabe sich der Erklärende über den wesentlichen

<sup>110</sup> BRAUER, Erläuterungen, Bd. 3, S. 15.

<sup>111</sup> BRAUER, Erläuterungen, Bd. 3, S. 19, als eine Kritik an der Lehre Thibauts.

<sup>112</sup> BRAUER, Erläuterungen, Bd. 3, S. 16–17.

Inhalt des Rechtsgeschäfts irrt, nichtig ist, der Erklärende sich jedoch auf die Nichtigkeit dieser Erklärung dann nicht berufen kann, wenn er grob fahrlässig gehandelt hat.<sup>113</sup> Für den Verfasser des BLR war es dabei aber klar, daß der wegen Konsensmangels nicht existierende Vertrag nicht deshalb wieder gültig gemacht werden konnte, weil der Irrtum ein selbstverschuldeter war und der Zusatz 1110a nur dann anwendbar war, wenn es sich um einen bloßen Eigenschafts- oder Motivirrtum handelte.<sup>114</sup>

Was schließlich den Beweis des Irrtums anbelangt, so erlaubte Zusatz 1116a BLR keine Vermutung des Irrtums, sondern erforderte den Beweis nach einzelnen Umständen.

### 3. Gemeinrechtliche Lehren

#### a) Gemeinrechtliche Lehren am Ende des 18. Jahrhunderts

Am Ende des 18. Jahrhunderts war das Lehrbuch Hellfelds eines der beliebtesten Lehrbücher.<sup>115</sup> Auch was die Irrtumslehre anbelangt, war seine Lehre damals eine herrschende Meinung im Gebiet des gemeinen Rechts. M. E. beruhte sie aber auf der Lehre Gundlings.<sup>116</sup>

<sup>113</sup> Japanisches BGB § 95.

<sup>114</sup> Ein Beispiel des Zusatz 1110a im BLR betreffenden Falls: Wenn ein Käufer einen vergoldeten Becher für Gold kauft, obwohl der Verkäufer ausgesprochen hat, daß dieser Becher bloß vergoldet ist. Dagegen ist gar nicht vorhanden, was ein Vertrag genannt werden könnte, wenn der Irrtum alles Einverständnis über einerlei bestimmte Sache entfernt; „mag hier der Irrthum noch so sehr selbstverschuldet seyn, so kann er darum keineswegs aus Nichts Etwas, kann nicht aus nirgends zusammentreffenden Willens-Erklärungen eine Uebereinkunft machen“. BRAUER, Erläuterungen, Bd. 3, S. 17–18. Vgl. auch K. S. ZACHARIÄ, Zusätze und Veränderungen, die der Code Napoléon, als Landrecht für das Großherzogthum Baden erhalten hat, Heidelberg 1809, S. 24, der bemerkt nur: „Ein selbstverschuldeter Irrthum entkräftet den Vertrag nicht. Z. 1110a. – Ignorantia juris“. Später wurde aber Zusatz 1110a im allgemeinen als die Voraussetzung zur Erheblichkeit des Irrtums verstanden, so z. B. W. BEHAGHEL, Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon, Bd. 1, Karlsruhe 1875, S. 8.

<sup>115</sup> RODERICHT STINTING und ERNST LANDSBERG, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Abt. 3, Halbbd. 1, 2. Neudruck der Ausgabe München 1898, Aalen 1978, S. 309.

<sup>116</sup> I. AUGUST HELLFELD, *Iurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem in usu auditori proposita*, 5. ed., Ienae 1779, ad D.2.14, §§ 297–299, p. 97–99. Vgl. auch DERS., *Opuscula et dissertationes iuris civilis privati*, Ienae, Lipsiae et Francofurti 1775, Opusc. III, § IX–XIV, p. 59–64 (defenda a G. C. LEMKE); dasselbe Schema wie bei Hellfeld findet sich in den damaligen Naturrechtslehren bei DANIEL NETTELBLADT, *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usu Praelectionum academicarum adornatum*, 4. ed., Halae Magdeburgicae 1777, § 577:

uterque errat – causam dans --> (pactum) invalidum in totum

” ” – incidens --> invalidum in tantum

saltem unus errat – unus scit errare alterum --> idem valet quod de dolo

” ” ” – alter hoc ignorat – error vincibilis --> pactum valet

” ” ” – ” ” ” – invincibilis – causam dans --> invalidum in totum

” ” ” – ” ” ” – ” ” ” – incidens --> invalidum in tantum.

Ähnlich wie Gundling, unterschied auch Hellfeld zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum.

Beim zweiseitigen Irrtum sollte der Vertrag dann nichtig sein, wenn der Irrtum die Sache oder das Wesen des Geschäfts (*essentia negotii*) betraf, auf die der Wille der Kontrahenten hauptsächlich gerichtet war, während bei Vorliegen eines nur Nebenumstände betreffenden Irrtums der Vertrag trotzdem gültig sein sollte.<sup>117</sup>

Wer aber zur Lieferung einer bestimmten Qualität, der Sache oder der Natur des betreffenden Vertrages nach, oder aus besonderem Versprechen verpflichtet war, blieb daran gebunden.<sup>118</sup>

Hatte Gundling die Beachtlichkeit des einseitigen Irrtums noch an die Bedingung geknüpft, daß der Gegner diesen arglistig oder fahrlässig hervorgerufen haben mußte, nahm Hellfeld demgegenüber die Anwendung der Grundsätze vom *dolus* bereits an, wenn dem einen Kontrahenten der Irrtum des anderen bekannt (*cognita*) gewesen war.<sup>119</sup>

An der Behandlung des Falls, daß der Gegner den Irrtum weder veranlaßt noch von ihm Kenntnis gehabt hatte, wird der Unterschied zwischen den Auffassungen Gundlings und Hellfelds besonders deutlich. Während Gundling einen solchen Irrtum unter keinen Umständen für beachtlich hielt, berücksichtigte ihn Hellfeld in soweit, als er ihn dem zweiseitigen Irrtum gleichstellte,<sup>120</sup> sofern den Irrenden kein Vorwurf des Verschuldens traf, der Irrtum also unvermeidbar gewesen war.<sup>121</sup> Dagegen sollte der, auf dem Verschulden des Irrenden beruhende, also vermeidbare einseitige Irrtum auch nach Hellfeld unbeachtlich bleiben, weil derjenige, welcher aus dem Verschulden einen Schaden erlitten hatte, nicht als der den Schaden Erleidende betrachtet werden sollte.<sup>122</sup>

Das Verhältnis zwischen Nettelblatt und Hellfeld ist aber noch unklar.

<sup>117</sup> HELLFELD, *Iurisprudentia*, § 297, p. 97; DERS., *Opuscula*, III, § X, p. 59–60.

<sup>118</sup> HELLFELD, *Iurisprudentia*, § 298, p. 98; DERS., *Opuscula*, III, § X, p. 61.

<sup>119</sup> HELLFELD, *Iurisprudentia*, § 299, p. 98; DERS., *Opuscula*, III, § XI, p. 61. So hatte schon J. H. BÖHMER, *Introductio in ius Digestorum*, 4. ed., *Halae Magdeburgicae* 1730, ad D.2.14, § 7, p. 116 nur dann einen einseitigen Irrtum für beachtlich gehalten, wenn der andere Teil den Irrtum mit kannte (*conscious*).

<sup>120</sup> Es handelte also sich darum, ob der Irrtum die Sache oder das Wesen des Geschäfts betraf, oder aber nicht.

<sup>121</sup> HELLFELD, *Iurisprudentia*, § 299, p. 98–99; DERS., *Opuscula*, III, § XIV, p. 63–64.

<sup>122</sup> HELLFELD, *Iurisprudentia*, § 299, p. 98: „... *Nec obstat, quod errantis non sit consensus. Nam voluntario errans consentit omnino, quamvis non directo, tamen per indirectum*“; DERS., *Opuscula*, III, § XIII, p. 63.

Die auf dem Schema Hellfelds beruhende Irrtumslehre wurde später von Bauriedel<sup>123</sup> und Weiß<sup>124</sup>, Savignys Lehrer in dessen Marburger Studentenzeit, sowie von Glück<sup>125</sup>, Liekefett<sup>126</sup>, und Köchy<sup>127</sup> aufgenommen.

Glück, Liekefett und Köchy erörterten die einzelnen Fälle des „die Sache oder das Wesen des Geschäfts“ betreffenden und des „den Neben-umstand“ betreffenden Irrtums, indem sie ausführlicher die römischen Quellen anführten.<sup>128</sup>

Es ist dabei bemerkenswert, daß Glück, Liekefett und Köchy neben dem den Hauptgegenstand des Vertrages, den Vertragstyp und das Subjekt des Mitkontrahenten betreffenden Irrtums auch den Motivirrtum – unter gewissen Voraussetzungen – als einen, „das Wesen des Geschäfts“ betreffenden Irrtum zuließen, hatte sich doch mit Gundlings Lehre, dem Ausgangspunkt der Auffassungen Glücks, Liekefets und Köchys, die Unbeachtlichkeit des Motivirrtums in den gemeinrechtlichen Lehren allgemein durchgesetzt. Glück, Liekefett und Köchy argumentierten nun, daß ein Motivirrtum einen Vertrag dann ungültig mache, wenn das Motiv des Irrenden dem Gegner bekannt gewesen sei, und die beiden Kontrahenten sich in jenem Motiv geirrt hatten.<sup>129</sup>

Bei Vorliegen eines Eigenschaftsirrtums betrachteten Glück und Liekefett einen Vertrag dann als ungültig, wenn der Irrende sein besonderes Interesse daran beweisen konnte, daß die Materie der Sache genau von der Qualität und Güte sei, wie er sie sich vorgestellt habe, und das Geschäft mit dieser Vorstellung abgeschlossen habe, weil eine andere als die vorgestellte Materie zu dem Zweck unbrauchbar sein würde, zu dem er sie bestimmt hatte.<sup>130</sup>

<sup>123</sup> JOHANN ALBRECHT BAURIEDEL, Theoretisch-praktischer Commentar über die Pandecten nach Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs, Bd. 1, Bayreuth 1789, S. 186–188.

<sup>124</sup> PHILIPP FRIEDRICH WEISS, Pandecten vorgetragen von Herrn Prof. Weis im Winter 1795 (Marburger UB, Savigny Nachlaß, Ms. 925/25), Bd. 1, S. 179–180. Bei Weiß gibt es jedoch keine Unterscheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum.

<sup>125</sup> CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 4, Erlangen 1796, S. 141–166. Vgl. OEBICKE, Wille und Erklärung, S. 18–19.

<sup>126</sup> SAMUEL GOTTFRIED LIEKEFETT, Praktischer Commentar über die Pandekten nach dem Lehrbuch des Herrn GRR Hellfeld, 5. Teil, Leipzig 1798, S. 155–179.

<sup>127</sup> CHRISTIAN HEINRICH GOTTLIEB KÖCHY, Theoretisch-practischer Commentar über die Pandecten nach Anleitung des Hellfeldschen Lehrbuchs, I–2, Leipzig 1799, S. 514–521.

<sup>128</sup> GLÜCK, Erläuterung, Bd. 4, S. 147–163; LIEKEFETT, Commentar, T. 5, S. 161–176; KÖCHY, Commentar, I–2, S. 517–520.

<sup>129</sup> GLÜCK, Erläuterung, Bd. 4, S. 157–158; LIEKEFETT, Commentar, T. 5, S. 171–172; KÖCHY, Commentar, I–2, S. 519–520.

<sup>130</sup> GLÜCK, Erläuterung, Bd. 4, S. 163; LIEKEFETT, Commentar, T. 5, S. 176. Die beiden zitierten dabei J. A. HANKOPH, De effectu erroris in contractu emti venditi, Diss. praeside F. G. STRUVIO, Kilonii 1749, Th. XLVII: „quando ab emptore speciale aliquod interesse allegari ac probari possit, quare emtor materiam solidam habere velit ...“

Der Grund, daß Glück und Liekefett diese oben dargestellte Lehre vom Motiv- und Eigenschaftsirrtum entwickelten, hängt m.E. mit dem von Gundling stammenden Typ<sup>131</sup> der Irrtumslehre zusammen. Bei diesem Typ scheint es eigentümliche Tendenz zu sein, den Schwerpunkt im Verhalten des Gegners – dem Veranlassen oder der Kenntnis des Irrtums – oder des Irrenden – seinem Verschulden oder seiner Nachlässigkeit – zu suchen und unter Mißachtung des eigentlichen Gesichtspunktes – des Konsensmangels – den Vertrag utilitaristisch bald für gültig, bald für ungültig zu erklären. Eine Folge dieser Tendenz ist es, daß der Inhalt des Willens oder des Konsenses selbst im Zusammenhang mit dem einzelnen Bestandteil des Vertrages nicht mehr untersucht wird, und sogar Motive und die Eigenschaften, die nicht Bestandteil des Vertrages sind, unter bestimmten Voraussetzungen als „das Wesen des Geschäfts“ angesehen werden.

Auch Glück und Liekefett erkannten, darin den gemeinrechtlichen Lehren vor ihnen folgend, Eid als ein Beweismittel des Irrtums an.<sup>132</sup>

#### b) Thibauts Kritik an der Irrtumslehre Glücks

Thibaut unterzog die am Ende des 18. Jahrhunderts herrschende Irrtumslehre seit Hellfeld an der Wende zum 19. Jahrhundert einer gründlichen Kritik,<sup>133</sup> deren direkter Gegenstand die Lehre Glücks war.

Der erste Punkt seiner Kritik betraf die Beachtlichkeit des Motivirrtums. Den römischen Quellen folgend, ging Thibaut davon aus, daß ein Geschäft wegen Irrtums nur dann nichtig sein könne, wenn Konsensmangel der Vertragsparteien vorliege: „quia consensus deficit“. Inhalt des Konsenses sei es aber, daß die Absicht der beiden Kontrahenten in ein und demselben Objekt zusammentreffe. Deshalb könne nur der das Objekt des Vertrages – die Sache und den Vertragstyp – betreffende Irrtum den Konsens ausschließen. Voneinander abweichende Motive der Vertragsparteien blieben mithin so lange unerheblich, als Konsens über

<sup>131</sup> Nettelblatt, Hellfeld, Bauriedel, Weiß, Glück, Liekefett und Köchy zitierten ohne Ausnahme Gundlings Lehre. Namentlich bemerkte BAURIEDEL, Commentar, Bd. 1, S. 186: „Was aber juris circa errorem sey, ist eine schwer zu bestimmende Frage. Am besten hat sie bestimmt Gundling“.

<sup>132</sup> GLÜCK, Erläuterung, Bd. 4, S. 166; LIEKEFETT, Commentar, T. 5, S. 179. Auch HANKOPH, De effectu, Th. X und KARL CPH. HOFACKER, Principia juris civilis Romano-Germanici, T. 1, 2. ed., Tubingae 1800, p. 161 waren derselben Meinung wie Glück und Liekefett.

<sup>133</sup> ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, Versuche über einzelne Theile des Rechts, 2. Ausg., Bd. 2, Jena 1817 (1. Ausg. 1798), 4. Abh. „Bruchstücke zur Berichtigung und Ergänzung der gewöhnlichen Begriffe über die Wirkung des Irrtums bey Verträgen“, S. 100–131. In meinem gegenwärtigen Aufsatz konnte ich nur die wichtigeren Punkte ausführen. Vgl. schon OEBICKE, Wille und Erklärung, S. 26–27.

den Gegenstand bestehe. Im übrigen gewährten die Römer beim Vertrag des strengen Rechts hinsichtlich eines vorliegenden Motivirrtums einen besonderen prätorischen Schutz wegen Betrugs und Zwangs. Thibaut argumentierte nun, daß dieser prätorische Schutz überflüssig gewesen wäre, wenn sich die Ungültigkeit des Vertrages ohne weiteres aus dem Vorliegen eines Motivirrtums ergeben hätte. Demnach sei von der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Motivirrtums auszugehen.<sup>134</sup>

Ausnahmsweise sei jedoch der Motivirrtum dann beachtlich, wenn das Motiv zur ausdrücklichen Bedingung des Vertrages gemacht worden sei, oder wenn jemand ein Geschäft in dem Glauben abgeschlossen habe, er sei zum Abschluß desselben rechtlich verpflichtet. Als dritte Ausnahme von dem Grundsatz der Unbeachtlichkeit des Motivirrtums führte er schließlich die ädilitischen Klagen an.<sup>135</sup>

Der zweite Punkt seiner Kritik betraf die Behandlung des einseitigen Irrtums. Wie Hellfeld hatte auch Glück hier zunächst zwei Fälle unterschieden: Kannte der Gegner den Irrtum des anderen, so sollten die Grundsätze vom *dolus* Anwendung finden; war dies nicht der Fall – wußte der Nichtirrende nichts vom Irrtum des anderen –, so war zu untersuchen, ob ein beachtlicher Irrtum vorlag. Diese Vorgehensweise hielt Thibaut für absurd. Erstens sei – führte er aus – die *actio doli* subsidiärer Natur, daher könne der Vertrag „*ex capite doli*“ gar nicht angefochten werden, solange die Nichtigkeit des Vertrages wegen des Konsensmangels behauptet werden könne. Wenn zweitens der, den Konsens ausschließende Irrtum die Nichtigkeit des Vertrages und *dolus* die Anfechtbarkeit des an sich gültigen Vertrages zur Folge habe, so müsse die von Glück vertretene Auffassung zu dem unbegreiflichen Ergebnis führen, daß durch das Vorhandensein des *dolus* ein, ohne denselben nichtiger Vertrag, wieder gültig gemacht werde, falls der Irrtum einseitig sei, kein Verschulden des Irrenden vorliege und der Irrtum das Wesen des Geschäfts betreffe.<sup>136</sup>

Der dritte Punkt seiner Kritik betraf die Anerkennung des Eides als eines Beweismittels des Irrtums. Thibaut betonte deren Unvernünftigkeit „in unseren philosophischen Zeiten“; zulässig sei nur der Gebrauch

<sup>134</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 103–107; DERS., *System des Pandekten-Rechts*, Bd. 1, 5. Ausg., Jena 1818, S. 114. Übrigens verneinte Thibaut das Dasein des allgemeinen Schutzmittels einer *restitutio ob errorem*, das Glück angenommen hatte, THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 129–131.

<sup>135</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 108–109 und Zusatz: S. 109–110.

<sup>136</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 119–122.

ordentlicher Beweismittel,<sup>137</sup> durch die der Irrtum „wirklich erweislich gemacht werden“ könne.<sup>138</sup> Thibauts Standpunkt entsprach damit der Forderung nach Erweislichkeit des Irrtums, die auch von den Naturrechtslehren, z. B. von Hufeland, Jakob, Buhle oder Bauer, wie oben ausgeführt, vertreten worden war.

Es ist ohne Zweifel die Leistung Thibauts, den Gesichtspunkt des Konsensmangels wieder in den Mittelpunkt der Irrtumslehre gerückt zu haben. Allerdings wirft auch die Lösung, wie er sie in Gestalt seiner eigenen Lehre für die Irrtumsproblematik entwickelt hat, einige nicht unerhebliche Probleme auf.

Dadurch, daß er die Beachtlichkeit des Irrtums nur davon abhängig machte, ob Konsensmangel der Vertragsparteien in bezug auf das Objekt des Vertrages bestand oder nicht, erhob sich notwendigerweise die Frage, wie man die anderen Irrtumsfälle, namentlich den Irrtum in der Person des Mitkontrahenten und den Eigenschaftsirrtum behandeln sollte.

Zum ersten Punkt führte Thibaut aus, die Identität des Subjekts könne nur bei einem Vertrage, dessen Inhalt im *facere* liege, das Objekt des Vertrages bilden und insofern der Irrtum darüber ein Irrtum über das Vertragsobjekt sein.<sup>139</sup>

Zweitens sei die Vorstellung bestimmter Eigenschaft, abgesehen von den das Wesen des Objekts bildenden Substanzen bzw. Materien, bloß ein Motiv – und deshalb der Irrtum darüber nur ein Motivirrtum.<sup>140</sup> Ausnahmsweise sei der Eigenschaftsirrtum, analog zum Motivirrtum, allerdings dann beachtlich, wenn das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft zur Bedingung des Vertrages gemacht worden sei, ohne Rücksicht darauf, ob dem Gegner bekannt war, daß das Bedungene existiere oder nicht existiere, er also in *dolo* war oder nicht.<sup>141</sup> Dabei blieb allerdings fraglich, ob der beachtliche Eigenschaftsirrtum billigerweise tatsächlich auf den einzigen Fall beschränkt bleiben konnte, daß das

<sup>137</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 126–129; er bemerkte: „der Beweis ist freilich in solchen Fällen schwer zu führen, daraus folgt aber nichts weiter, als daß der Beweis für nicht geführt anzusehen ist, wenn er in einzelnen Fällen nicht durch ordentliche Beweismittel vollendet werden kann. Der Irrende muß das Unglück tragen, weil es unabänderlich ist“. Er nannte den Eid den „*unseligen Deus ex machina*“, S. 127.

<sup>138</sup> THIBAUT, *System*, Bd. 1, S. 113.

<sup>139</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 110–114.

<sup>140</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 104–105; *DERS.*, *System*, Bd. 1, S. 113 Anm. u und S. 114.

<sup>141</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 108. Diese Meinung Thibauts beruhte auf seiner Interpretation des Satzes: „*si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur*“ in D.18.1.58. Es war aber streitig, ob man hier das Dasein einer Bedingung hineininterpretieren konnte.

Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft Vertragsbedingung war. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung des Eigenschaftsirrturns hätte Thibaut freilich dazu gezwungen, sich – wie ehemals die Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts – der Fiktion einer Bedingung zu bedienen.

Läßt man ferner konsequent den Konsensmangel über den Gegenstand des Vertrages als einziges Kriterium für die Beachtlichkeit des Irrturns zu, entfällt damit eigentlich auch die Notwendigkeit, zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrturn zu unterscheiden. Es reicht denn aus, zu prüfen, ob ein Konsensmangel bewirkender Irrturn das Objekt des Vertrages betrifft oder nicht, unabhängig davon, ob dieser einseitig oder zweiseitig ist. Doch findet sich auch bei Thibaut eine Unterscheidung zwischen dem Fall, daß der Gegner den Irrturn kannte, und dem, daß er von dem Irrturn nichts wußte; Thibaut nannte den ersteren Fall den des einseitigen Irrturns in seinem eigenen Sinne.<sup>142</sup>

Mit der Anerkennung des Konsensmangels über das Vertragsobjekt als ausschließliches Kriterium wäre schließlich der Wegfall des Erfordernisses verbunden, daß dem Irrenden kein Verschulden vorzuwerfen sein darf, weil der wegen Konsensmangels nichtige Vertrag auch angesichts der Tatsache, daß ein Verschulden des Irrenden vorliegt, nichtig bleibt und unmöglich etwa dadurch wieder Gültigkeit erlangen kann. Nichtsdestoweniger forderte Thibaut das Nichtvorhandensein „grober Nachlässigkeit“ seitens des Irrenden im allgemeinen, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob einseitiger oder zweiseitiger Irrturn vorliegen mochte, für die Beachtlichkeit des Irrturns.<sup>143</sup>

Trotz dieser Probleme und Widersprüche leitete die auf dem Prinzip des Konsensmangels aufgebaute Lehre Thibauts einen neuen Entwicklungsabschnitt in der Irrturnslehre des gemeinen Rechts ein.

### c) Gemeinrechtliche Lehren am Anfang des 19. Jahrhunderts

Nach der Kritik Thibauts an der Lehre Glücks wurde es zur herrschenden Meinung, Konsensmangel als den entscheidenden Punkt der Irrturnslehre anzusehen.<sup>144</sup>

<sup>142</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 122–125; DERS., *System*, Bd. 1, S. 114–115.

<sup>143</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 122; DERS., *System*, Bd. 1, S. 112–113: „Es muß ferner die Einwilligung denselben Gegenstand betreffen. Geschieht dies nicht, so ist ein Irrturn vorhanden, welcher . . . aber überhaupt nur insofern in Betracht kommt, als er nicht durch grobe Nachlässigkeit verschuldet ist und wirklich erweislich gemacht wird“.

<sup>144</sup> Ich konnte in den folgenden Schriften nachschlagen, die seit dem Jahre der Kritik Thibauts (1798) bis zum Jahre, als System Savignys veröffentlicht wurde (1840),

Unter diesem Aspekt unterschied die herrschende Meinung zunächst zwischen dem den Konsensmangel hervorrufenden Irrtum und dem Motivirrtum.<sup>145</sup>

Dagegen wandte sich etwa Valett, der auch den Motivirrtum als eine Art des Konsensmangels auffaßte.<sup>146</sup> Er argumentierte, daß es in den römischen Quellen kein Unbeachtlichkeitsprinzip des Motivirrtums gebe, daß auch der Eigenschaftsirrtum eine Art des Motivirrtums sei, und dessen Vorhandensein zur Ungültigkeit des Vertrages regelmäßig dann führe, wenn der Irrende diesen in Kenntnis des Mangels der betreffenden Eigenschaft nicht abgeschlossen hätte, und daß es schließlich bei der Verfügung von Todes wegen auch nach den römischen Quellen die prinzipielle Beachtlichkeit des Motivirrtums gebe.<sup>147</sup>

Der Ansicht Valetts, bei der Frage des Motivirrtums handele es sich letztlich um die Absicht eines Kontrahenten, ohne Irrtum an dem Vertrag nicht teilzunehmen und daher könne nur das vernünftige Ermessen des Richters in jedem einzelnen Fall entscheidend sein,<sup>148</sup> hat später Richelmann widersprochen: Nach D.12.6.52 und D.12.6.65 § 2 könne

erschienen, abgesehen jedoch von den schon oben zitierten: GEORGIUS LUDOVICUS KERN, *De errore contrahentium*, Gottingae 1806, p. 27; GOTTLIEB HUFELAND, *Lehrbuch des Civilrechts*, Bd. 1, Gießen 1808, S. 164; CHRISTIAN FRIEDRICH GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Bd. 16, Erlangen 1814, S. 16 – Glück veränderte nach der Kritik Thibauts seine frühere Meinung –; KARL BUCHER, *Das Recht der Forderungen*, Leipzig 1815, S. 61; C. C. DABELOW, *Handbuch des Pandecten-Rechts*, T. 2, Halle 1817, S. 45; FERDINAND MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, 7. Ausg., Gießen 1827, S. 176; WILHELM SCHWEPPE, *Das Römische Privatrecht*, Bd. 3, 4. Ausg., Göttingen 1831, S. 105; L. A. WARNKOENIG, *Commentarii juris Romani privati*, T. 2, Leodii 1829, p. 72; ANTON HAIMBERGER, *Reines Römisches Privat-Recht*, Th. 3, Wien 1835, S. 58; HEINRICH RICHELMANN, *Der Einfluß des Irrthums auf Verträge*, Hannover 1837, S. 7 und passim; J. N. VON WENIG-INGENHEIM, *Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes*, Bd. 2, 5. Aufl., München 1837, S. 117; GEORG FRIEDRICH PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838, S. 258; JOH. FRIEDRICH LUDW. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Bd. 1, Göttingen 1838, S. 255–256; C. F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, Th. 2, 3. Aufl., Halle 1840, S. 263; C. F. ROSSHIRT, *Gemeines deutsches Civilrecht*, Th. 2, Heidelberg 1840, S. 371; K. A. D. UNTERHOLZNER, *Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen*, hrsg. von C. Huschke, Bd. 1, Leipzig 1840, S. 57. Vgl. HAMMEN, *Bedeutung Savignys*, S. 110.

<sup>145</sup> KERN, *De errore*, p. 31–35; HUFELAND, *Civilrecht*, Bd. 1, S. 166; GLÜCK, *Erläuterung*, Bd. 16, S. 18; DABELOW, *Pandecten-Recht*, T. 2, S. 23, 55; MACKELDEY, Bd. 2, S. 177; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 109; WARNKOENIG, *Commentarii*, T. 2, p. 76; HAIMBERGER, *Reines Römisches Privat-Recht*, Th. 1, Wien 1835, S. 132; RICHELMANN, *Einfluß*, S. 36–46; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 119; PUCHTA, *Pandekten*, S. 259; GÖSCHEN, *Vorlesungen*, Bd. 1, S. 259; MÜHLENBRUCH, *Pandekten*, Th. 2, S. 263; ROSSHIRT, *Civilrecht*, Th. 2, S. 373; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 57.

<sup>146</sup> CARL JULIUS MENO VALETT, *Practisch-Theoretische Abhandlungen aus dem Gebiete des Römischen Privatrechts*, Bd. 1, Göttingen 1824, 5. Abh. „Versuch einer einfacheren Theorie von dem Einflusse des Irrthums auf Rechtsgeschäfte“, S. 183–216.

<sup>147</sup> VALETT, *Abhandlungen*, Bd. 1, S. 198–199.

<sup>148</sup> VALETT, *Abhandlungen*, Bd. 1, S. 200–201.

noch nicht einmal derjenige, welcher irrigerweise glaube, daß jemand seinem Geschäft geholfen habe und diesem deswegen etwas schenke, durch den Einwand seines Irrtums die Schenkung ungültig machen (sogar bei einem lukrativen Geschäft solle also der Motivirrtum unbeachtlich sein); der Eigenschaftsirrtum führe nur dann und deshalb zur Ungültigkeit eines Vertrages, wenn und weil die betreffende Eigenschaft durch die gemeinschaftliche Vereinbarung der Kontrahenten zum direkten Inhalt des Vertrages gemacht worden sei; schließlich könne auch der Grund dafür, daß es bei einer Verfügung von Todes wegen nach den römischen Quellen ausschließlich auf den Willen des Testators ankommen sollte, nur darin liegen, daß sie ein einseitiges Geschäft sei, während beim Verträge, als zweiseitigem Geschäft, die Absicht bloß des einen Kontrahenten keineswegs beachtlich sein könne.<sup>149</sup> Damit hatte sich m. W. das Unbeachtlichkeitsprinzip des Motivirrtums in den gemeinrechtlichen Lehren durchgesetzt.

Die herrschende Meinung beschränkte anfangs die Ausnahmen von diesem Prinzip auf die beiden Fälle, daß entweder das Motiv zur Bedingung gemacht worden war, oder jemand ein Geschäft abgeschlossen hatte, in dem Glauben, er sei hierzu rechtlich verpflichtet.<sup>150</sup>

Man unterschied ferner zwischen dem den Konsensmangel hervorruhenden Irrtum als einem „wesentlichen“ und den übrigen Formen des Irrtums als einem „unwesentlichen“ Irrtum.<sup>151</sup> Dabei war allerdings ein Streitpunkt, wann man einen „wesentlichen“ Irrtum anerkennen sollte. Wie oben bereits ausgeführt, hatte Thibaut den „wesentlichen“ Irrtum auf den Irrtum im Objekt, d. h. in der Sache und über den Vertragstyp beschränkt. In den gemeinrechtlichen Lehren – einschließlich derjenigen Thibauts – wurde später unter dem Irrtum in der Sache nicht nur

<sup>149</sup> RICHELMANN, Einfluß, S. 43, S. 44 Anm. 70 und S. 45.

<sup>150</sup> KERN, De errore, p. 34; HUFELAND, Civilrecht, Bd. 1, S. 166; GLÜCK, Erläuterung, Bd. 16, S. 18; DABELOW, Pandecten-Recht, T. 2, S. 55; MACKELDEY, Bd. 2, S. 177; HAIMBERGER, Th. 1, S. 132. Bei folgenden Autoren mangelte die Ausnahme des Falls, wo das Motiv zur Bedingung gemacht worden war: SCHWEPPE, Bd. 3, S. 109; WARNKOENIG, Commentarii, T. 2, p. 76; RICHELMANN, Einfluß, S. 36–46; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 119; PUCHTA, Pandekten, S. 259 Anm. 1; GÖSCHEN, Vorlesungen, Bd. 1, S. 259; MÜHLENBRUCH, Pandekten, Th. 2, S. 263; ROSSHIRT, Civilrecht, Th. 2, S. 373; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 67–78. Diese Meinungsverschiedenheit hing vielleicht damit zusammen, wie man D.18.1.58 interpretieren sollte.

<sup>151</sup> KERN, De errore, p. 24; HUFELAND, Civilrecht, Bd. 1, S. 165–166; GLÜCK, Erläuterung, Bd. 16, S. 16; BUCHER, Forderungen, S. 61; DABELOW, Pandecten-Recht, T. 2, S. 41; MACKELDEY, Bd. 2, S. 176–177; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 105; WARNKOENIG, Commentarii, T. 2, p. 72; HAIMBERGER, Th. 3, S. 58–60; RICHELMANN, Einfluß, S. 12–16, S. 23 ff.; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 116–117; GÖSCHEN, Vorlesungen, Bd. 1, S. 256–257; MÜHLENBRUCH, Pandekten, Th. 2, S. 263; ROSSHIRT, Civilrecht, Th. 2, S. 371–374; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 57.

der Irrtum in der Identität des hauptsächlichen Objekts,<sup>152</sup> sondern auch der über die nicht existierende Sache,<sup>153</sup> in der Substanz bzw. Materie der Sache und im Preis verstanden, letzterer allerdings nur dann, wenn beim gegenseitig-onerösen Vertrag der Schuldner an einen niedrigeren Preis als der Gläubiger gedacht hatte.<sup>154</sup>

Was den Irrtum über die Identität der Person des Mitkontrahenten anbelangt, hatte Thibaut nur bei einem Vertrag, dessen Inhalt im *facere* lag, einen Irrtum im Objekt anerkannt. Dieser Auffassung ist später entgegengehalten worden, daß jener Irrtum grundsätzlich deshalb ein „wesentlicher“ Irrtum sei, weil das Subjekt des Vertrages neben dem Vertragsobjekt und dem Vertragstyp ein unentbehrlicher Bestandteil des Vertrages sei, und weil bereits nach römischen Quellen, namentlich nach D.12.1.32 ein Vertrag, dessen Inhalt im *dare* lag, wegen dieses Irrtums nichtig war.<sup>155</sup> Auch Thibaut hat sich dieser Kritik letztlich nicht verschließen können und seine frühere Auffassung revidiert.<sup>156</sup>

Abgesehen von einer Lehrmeinung, die auf die Problematik des Eigenschaftsirrturns überhaupt nicht einging,<sup>157</sup> unterschied die herrschende Meinung begrifflich noch zwischen *error in substantia* bzw. in

<sup>152</sup> KERN, *De errore*, p. 49; HUFELAND, *Civilrecht*, Bd. 1, S. 165; GLÜCK, *Erläuterung*, Bd. 16, S. 16; BUCHER, *Forderungen*, S. 61; DABELOW, *Pandecten-Recht*, T. 2, S. 47; THIBAUT, *System*, Bd. 1, S. 113; MACKELDEY, Bd. 2, S. 176; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 106; WARNKOENIG, *Commentarii*, T. 2, p. 72–73; HAIMBERGER, Th. 3, S. 59; RICHELMANN, *Einfluß*, S. 47–50; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 117–118; PUCHTA, *Pandekten*, S. 259; GÖSCHEN, *Vorlesungen*, Bd. 1, S. 256; MÜHLENBRUCH, *Pandekten*, Th. 2, S. 264; ROSSHIRT, *Civilrecht*, Th. 2, S. 371; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 58.

<sup>153</sup> KERN, *De errore*, p. 49; HUFELAND, *Civilrecht*, Bd. 1, S. 165; GLÜCK, *Erläuterung*, Bd. 16, S. 16; BUCHER, *Forderungen*, S. 61; DABELOW, *Pandecten-Recht*, T. 2, S. 50; THIBAUT, *System*, Bd. 1, S. 113; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 106–107; WARNKOENIG, *Commentarii*, T. 2, p. 73; HAIMBERGER, Th. 3, S. 59; RICHELMANN, *Einfluß*, S. 73–100; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 117; PUCHTA, *Pandekten*, S. 259; MÜHLENBRUCH, *Pandekten*, Th. 2, S. 264; ROSSHIRT, *Civilrecht*, Th. 2, S. 372.

<sup>154</sup> KERN, *De errore*, p. 52–53; GLÜCK, *Erläuterung*, Bd. 16, S. 17; THIBAUT, *System*, Bd. 1, S. 113; MACKELDEY, Bd. 2, S. 177; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 108; WARNKOENIG, *Commentarii*, T. 2, p. 74; HAIMBERGER, Th. 3, S. 59; RICHELMANN, *Einfluß*, S. 97–104; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 118; PUCHTA, *Pandekten*, S. 259, Anm. f; GÖSCHEN, *Vorlesungen*, Bd. 1, S. 257; MÜHLENBRUCH, *Pandekten*, Th. 2, S. 264; ROSSHIRT, *Civilrecht*, Th. 2, S. 372.

<sup>155</sup> So KERN, *De errore*, p. 36–43, insbesondere p. 39.

<sup>156</sup> THIBAUT, *Versuche*, Bd. 2, S. 144 Zusatz (1817); derselben Meinung wie bei Thibaut (1798) waren: HUFELAND, *Civilrecht*, Bd. 1, S. 166; GLÜCK, *Erläuterung*, Bd. 16, S. 18; BUCHER, *Forderungen*, S. 61; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 108–109; MÜHLENBRUCH, *Pandekten*, Th. 2, S. 263–264; dagegen waren für die Meinung Kerns und Thibauts (1817): RICHELMANN, *Einfluß*, S. 24; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 119–120; PUCHTA, *Pandekten*, S. 258–259; wieder andere, wie MACKELDEY, Bd. 2, S. 176–177; WARNKOENIG, *Commentarii*, T. 2, p. 75; HAIMBERGER, Th. 3, S. 59; GÖSCHEN, *Vorlesungen*, Bd. 1, S. 258; ROSSHIRT, *Civilrecht*, Th. 2, S. 372–373; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 60–61 hielten diesen Irrtumstyp nur dann für einen „wesentlichen“, wenn das Subjekt des Vertrages nach der ausdrücklichen Vereinbarung oder dem Vertragstyp besonders berücksichtigt werden sollte.

<sup>157</sup> HUFELAND, *Civilrecht*, Bd. 1 behandelte den Eigenschaftsirrturn überhaupt nicht.

materia und error in qualitate und hielt nur den ersteren für „wesentlich“, d. h. den Konsens ausschließenden.<sup>158</sup>

Die herrschende Meinung erkannte jedoch einen solchen „wesentlichen“ error in substantia bzw. in materia nur insofern an, als es sich um Kauf,<sup>159</sup> oder um den gegenseitig-onerösen Vertrag<sup>160</sup> handelte. Manche fügten dem noch das subjektive Erfordernis hinzu, daß die betreffende Substanz bzw. Materie von den Kontrahenten als der wesentliche Gegenstand des Vertrages vorausgesetzt worden war,<sup>161</sup> oder das objektive Erfordernis, daß die wirkliche Substanz bzw. Materie zu einer ganz anderen Gattung gehört hatte, als die, an die der Irrende gedacht hatte.<sup>162</sup>

Im Gegensatz dazu war der error in qualitate grundsätzlich ein „unwesentlicher“ Irrtum. Ausgenommen hiervon waren – wie bei Thibaut – die Fälle der von verschiedenen Autoren<sup>163</sup> aufgestellten Lehre von der Bedingung. Weil sich diese Auffassung jedoch bald als viel zu eng erwies, wurden weitere Tatbestände herausgearbeitet, bei deren Verwirklichung auch ein error in qualitate ausnahmsweise beachtlich sein sollte: Zunächst, wenn die betreffende Qualität von beiden Kontrahenten zum ausdrücklichen Inhalt des Vertrages gemacht worden war<sup>164</sup>, ferner, wenn sie nach naturalia negotii des Vertrages oder dem Gesetz, also unabhängig von der Absicht der Kontrahenten, vorausgesetzt werden konnte<sup>165</sup>, oder wenn die Abweichung von der vorgestellten Qualität so erheblich war, daß dadurch die Identität des Gegenstandes wesentlich verändert wurde.<sup>166</sup>

Der Unterscheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum, so wie sie Thibaut definiert hatte, schlossen sich verschiedene Auto-

<sup>158</sup> So KERN, De errore, p. 49; MACKELDEY, Bd. 2, S. 176; HAIMBERGER, Th. 3, S. 59; PUCHTA, Pandekten, S. 259; ROSSHIRT, Civilrecht, Th. 2, S. 371.

<sup>159</sup> So BUCHER, Forderungen, S. 61.

<sup>160</sup> So WARNKOENIG, Commentarii, T. 2, p. 73–74; RICHELMANN, Einfluß, S. 57 – beim einseitig-enerösen Vertrag nur dann, wenn der Schuldner darüber im Irrtum war –; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 118; GÖSCHEN, Vorlesungen, Bd. 1, S. 256–257; MÜHLENBRUCH, Pandekten, Th. 2, S. 264; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 59.

<sup>161</sup> GLÜCK, Erläuterung, Bd. 16, S. 16–17; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 107; GÖSCHEN, Vorlesungen, Bd. 1, S. 256–257.

<sup>162</sup> DABELOW, Pandecten-Recht, T. 2, S. 49; RICHELMANN, Einfluß, S. 60; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 118; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 59.

<sup>163</sup> So MACKELDEY, Bd. 2, S. 177.

<sup>164</sup> WARNKOENIG, Commentarii, T. 2, p. 74; HAIMBERGER, Th. 3, S. 59–60; RICHELMANN, Einfluß, S. 95–96; MÜHLENBRUCH, Pandekten, Th. 2, S. 264.

<sup>165</sup> DABELOW, Pandecten-Recht, T. 2, S. 50–51.

<sup>166</sup> WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 118; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 59, S. 61.

ren<sup>167</sup> an, andere<sup>168</sup> zogen unter den Begriff des einseitigen Irrtums alle Irrtumsfälle, in denen sich nur der eine Teil im Irrtum befand, ob dies nun dem anderen Kontrahenten bekannt sein mochte oder nicht. Wieder andere<sup>169</sup> unterschieden überhaupt nicht zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum; sie kritisierten vielmehr eine solche Unterscheidung, indem sie auf deren Unvereinbarkeit mit dem grundlegenden Kriterium des Konsensmangels hinwiesen.<sup>170</sup>

Über die Frage, ob und wie weit ein Verschulden des Irrenden bei der Beurteilung der Beachtlichkeit des Irrtums zu berücksichtigen sei, gab es schon am Anfang des 19. Jahrhunderts einen Meinungsstreit. Verschiedene Autoren vertraten die Auffassung, daß grobe Nachlässigkeit die Beachtlichkeit des Irrtums allgemein ausschließe<sup>171</sup>, andere nahmen dies nur für den Fall des einseitigen Irrtums an.<sup>172</sup> Eine weitere Meinung wandte gegen die Berücksichtigung eines Verschuldens ein, dessen Vorhandensein könne unmöglich die Wirkung beigelegt werden, den wegen Konsensmangels nichtigen Vertrag wieder gültig werden zu lassen; der Aspekt des Verschuldens sei allerdings für die Regelung des Schadensersatzes interessant.<sup>173</sup> Es gab aber auch eine Meinung, die grundlegende Unterscheidung zwischen „wesentlichem“ und „unwesentlichem“ Irrtum verliere ihre Bedeutung, wenn man bei gegebenem Verschulden des Irrenden neben der einzig dem „wesentlichen“ Irrtum eigentümlichen Folge der Nichtigkeit des Vertrages als eine andere Folge eine Klage auf den Schadensersatz aus dem Vertrag einführe.<sup>174</sup> Schon am Anfang des 19. Jahrhunderts war die Zahl der Lehren, die auf

<sup>167</sup> HUFELAND, *Civilrecht*, Bd. 1, S. 165–166; GLÜCK, *Erläuterung*, Bd. 16, S. 20; HAIMBERGER, Th. 3, S. 60–61; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2, S. 117.

<sup>168</sup> SCHWEPPE, Bd. 3, S. 105–106; RICHELMANN, *Einfluß*, S. 8–9; MÜHLENBRUCH, *Pandekten*, Th. 2, S. 263; ROSSHIRT, *Civilrecht*, Th. 2, S. 372 (allerdings nur beim Irrtum über die nicht existierende Sache).

<sup>169</sup> KERN, *De errore*; BUCHER, *Forderungen*; MACKELDEY, Bd. 2; WARNKOENIG, *Commentarii*, T. 2; GÖSCHEN, *Vorlesungen*, Bd. 1; PUCHTA, *Pandekten*; UNTERHOLZNER, Bd. 1, S. 59 (nur sofern es sich um einen „wesentlichen“ Eigenschaftsirrtrum handelte).

<sup>170</sup> Vor allem KERN, *De errore*, p. 46. Auch DABELOW, *Pandecten-Recht*, T. 2, S. 57–58 war zwar derselben Meinung wie Kern; er meinte jedoch, diese Unterscheidung sei bei der Frage der groben Nachlässigkeit des Irrenden wichtig und behielt sie letzten Endes bei.

<sup>171</sup> HUFELAND, *Civilrecht*, Bd. 1, S. 164 (anders, als in seiner *Naturrechtslehre*); GLÜCK, *Erläuterung*, Bd. 16, S. 26; SCHWEPPE, Bd. 3, S. 112; WARNKOENIG, *Commentarii*, T. 2, p. 77; HAIMBERGER, Th. 3, S. 62; RICHELMANN, *Einfluß*, S. 17–22.

<sup>172</sup> So DABELOW, *Pandecten-Recht*, T. 2, S. 58–62.

<sup>173</sup> KERN, *De errore*, p. 42: „culpa nunquam efficere potest, ut quod nullum est ob alterius culpam convalescat, quamvis ad praestandum id quod interest fortasse teneatur qui erraverit“.

<sup>174</sup> MÜHLENBRUCH, *Pandekten*, Th. 2 S. 267 Anm. 26: als Kritik an Richelmanns Lehre, die den Schadensersatz aus dem Verschulden als eine Folge des „wesentlichen“ Irrtums anerkennen wollte, RICHELMANN, *Einfluß*, S. 129–138.

die Erörterung der Problematik über das Verschulden beim Irrtum ganz verzichteten, m. W. nicht gering.<sup>175</sup>

Gespalten waren die Meinungen schließlich auch hinsichtlich der Frage, ob der Eid als ein Beweismittel des Irrtums anzuerkennen war. Teils<sup>176</sup> wurde die Erweislichkeit des Irrtums im Sinne Thibauts gefordert, teils<sup>177</sup> wurde – unter Berufung auf Gerichtspraxis und kanonische Quellen – der Eid als ein Beweismittel zugelassen.

Dies war die Situation, in der am Anfang des 19. Jahrhunderts die Irrtumslehre Savignys entstand.<sup>178</sup>

### III. Irrtumslehre Savignys

Hauptmaterialien sind die Pandektenvorlesungen (Manuskript von 1809)<sup>179</sup> und der dritte Band des „Systems des heutigen römischen Rechts“<sup>180</sup>, wenn die Irrtumslehre Savignys im Zusammenhang der gemeinrechtlichen Lehren an der Wende zum 19. Jahrhundert betrachtet werden soll.

#### 1. Pandektenvorlesungen

Die auf den Konsensmangel abstellende Irrtumslehre Thibauts bildete auch für Savigny den Ausgangspunkt. In seinen Pandektenvorlesungen war die Frage des Irrtums beim Vertrage als einem Entstehungsgrund

<sup>175</sup> So z. B. BUCHER, Forderungen; MACKELDEY, Bd. 2; WENIG-INGENHEIM, Bd. 2; PUCHTA, Pandekten; UNTERHOLZNER, Bd. 1.

<sup>176</sup> HUFELAND, Civilrecht, Bd. 1, S. 164; MACKELDEY, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Gießen 1827, S. 199, S. 201 Anm. q; HAIMBERGER, Th. 1, S. 121, Anm. aa.

<sup>177</sup> SCHWEPPE, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, Göttingen 1828, S. 215; WENIG-INGENHEIM, Bd. 3, S. 122; ROSSHIRT, Civilrecht, Th. 1, Heidelberg 1840, S. 41. Betreffs der damaligen Gerichtspraxis teilte HUFELAND, Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften 2. u. 3. Stück, Jena 1801, IX. Merkwürdige Rechtsfälle mit und ohne Entscheidung, Nr. 4, S. 215–224 uns mit, wie der Eid zum Beweis des Irrtums damals gebraucht wurde.

<sup>178</sup> Daß damals der Gesichtspunkt der Irrtumslehre ganz anderes als der Gundlings war, erklärt sich daraus, daß RICHELMANN, Einfluß, S. 2 die Schrift von GUNDLING, Schwere Lehre (1724), für „nichts Lesenswertes darbietend“ hielt, die Bauriedel einmal als die beste beurteilt hatte. Vgl. oben.

<sup>179</sup> Pandekten, nach Heise's Grundriß Heidelberg (Marburger UB, Savigny Nachlaß Ms. 925/37). Über die Übersicht ihres Inhalts und ihr Entstehungsjahr, vgl. JOACHIM RÜCKERT, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984, S. 143. Über die Irrtumslehre Savignys in seinen Pandektenvorlesungen, vgl. schon HAMMEN, Bedeutung Savignys, S. 119–120. Ich füge doch vielleicht etwas der Forschung Hammens hinzu.

<sup>180</sup> FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, Nachdruck: Aalen 1973.

der Obligationen noch eine Frage des Mangels des für den Vertrag unentbehrlichen Konsenses.<sup>181</sup>

Savigny unterschied hinsichtlich des Irrtums beim Verträge zunächst zwischen dem den Gegenstand des Vertrages betreffenden Irrtum und dem Motivirrtum.<sup>182</sup>

Den Motivirrtum hielt er grundsätzlich für unbeachtlich.<sup>183</sup> Als Ausnahmen von diesem Prinzip betrachtete er die Fälle, daß jemand ein Geschäft abgeschlossen hatte, in der Annahme, er sei dazu rechtlich verpflichtet,<sup>184</sup> oder daß ein Kalkulationsirrtum vorlag,<sup>185</sup> ferner die Fälle der ädilitischen Klagen, der Usukapion und der Restitution bei Minderjährigen.<sup>186</sup>

Der den Gegenstand des Vertrages betreffende Irrtum wurde weiter in den den Konsens ausschließenden „wesentlichen“ und in den, Konsens im allgemeinen nicht ausschließenden, „zufälligen“ bzw. „unwesentlichen“ Irrtum zergliedert.<sup>187</sup>

Unter den Begriff des „wesentlichen“ Irrtums fielen der Irrtum oder versteckter Dissens über die Identität des hauptsächlichen Vertragsge-

<sup>181</sup> Allerdings gibt es auch im allgemeinen Teil knappe, ganz allgemeine Darstellungen, die § 115 und der Beilage VIII im dritten Bande des Systems entsprechen. Ich beschränke meine Betrachtung aber nur auf die Darstellung beim Vertrag, was aus meiner Problemstellung folgen soll. Der Grund, warum Savigny in seinen Pandektenvorlesungen noch im Obligationsrecht die Frage des Irrtums hauptsächlich behandelte, liegt darin, daß er bei seinen Pandektenvorlesungen auf dem Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zu Pandekten-Vorlesungen von Arnold Heise beruhte. Vgl. HEISE, Grundriß, 2. Ausg., Heidelberg 1816, S. 67 und Marburger Pandekten Ms. fol. 530 (verso)–534. Diese Einordnung wurde stets erhalten, sofern ich die Nachschriften einsehen konnte: Pandecten nach dem Vortrage des Staatsraths v. Savigny, F. v. ZSCHÜSCHEN, Berlin am 2ten November 1818 (Mainzer UB, Ms. 54), S. 177–178; Pandecten von H. Professor von Savigny, Wintersemester 1824 bis 25, E. POTTHOFF stud. jur., Berlin den 25ten Octob 1824 (Freies Deutsches Hochstift, Hs. 88), S. 192–193; Pandecten vorgetragen vom Geheimen Revisions-Rath Herrn v. Savigny im Winter-Semester 1837/38 in Berlin (ROTHSCHILD) (Frankfurter Stadt- u. UB. Ms. 4° 3), S. 237–238; Pandekten 1840/41 von ALBERT GRÖNING (Marburger UB, Savigny Nachlaß, Ms. 925/38) (eine Nachschrift nach der Veröffentlichung des dritten Bandes des Systems: 1840), S. 334–336. Über diese Nachschriften, vgl. RÜCKERT, Idealismus, S. 445.

<sup>182</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 530 (verso); ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 177; POTTHOFF, 1824/25, S. 192–193; ROTHSCCHILD, 1837/38, S. 56, S. 237–238; GRÖNING, 1840/41, S. 334.

<sup>183</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 533 (verso); ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 178; POTTHOFF, 1824/25, S. 193; ROTHSCCHILD, 1837/38, S. 238; GRÖNING, 1840/41, S. 144, 334.

<sup>184</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 534; ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 178; POTTHOFF, 1824/25, S. 193; ROTHSCCHILD, 1837/38, S. 238; GRÖNING, 1840/41, S. 144, S. 334.

<sup>185</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 534; ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 178; POTTHOFF, 1824/25, S. 193; ROTHSCCHILD, 1837/38, S. 238; GRÖNING, 1840/41, S. 334.

<sup>186</sup> Diese letzteren drei Ausnahmen finden sich nur beim Marburger Pandekten Ms., fol. 131 (verso) (die wahrscheinlich ursprünglich fehlten und später hinzugefügt sind) und bei GRÖNING, 1840/41, S. 144.

<sup>187</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531, 532 (verso); ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 177; POTTHOFF, 1824/25, S. 192; ROTHSCCHILD, 1837/38, S. 237; GRÖNING, 1840/41, S. 334.

genstandes,<sup>188</sup> Irrtum oder anerkannter Dissens über die Quantität (den Preis)<sup>189</sup> – nur aber wenn es sich um die Gattung beim gegenseitigen Vertrag handelte und der Schuldner an die niedrigere Quantität dachte –, Irrtum über die nichtexistierende Sache (im Manuskript selbst aber schon gestrichen),<sup>190</sup> über die Identität der Person des Mitkontrahenten<sup>191</sup> – allerdings bei einem Vertrag, dessen Inhalt im *facere* lag – und über die Art des Vertrages.<sup>192</sup>

Hinsichtlich des Eigenschaftsirrtums lehnte Savigny schon in seinen Pandektenvorlesungen die Anwendung des abstrakten Stoffbegriffes zur Unterscheidung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Eigenschaftsirrtum ab.<sup>193</sup> Er verwies zur Begründung der Ablehnung auf zwei Fälle aus den römischen Quellen: In dem einen Fall wurde ein Irrtum über den Stoff des Tisches als ein „unwesentlicher“<sup>194</sup>, in dem andern Fall ein nicht den Stoff, sondern nur das Geschlecht betreffender Irrtum als ein „wesentlicher“<sup>195</sup> behandelt. Auch die Ansicht, wonach der Eigenschaftsirrtum nur dann „wesentlich“ sein sollte, wenn das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft zur ausdrücklichen Bedingung oder zum Inhalt der ausdrücklichen Vereinbarung gemacht worden war, teilte Savigny nicht. Er führte dagegen aus den römischen Quellen einen Fall an, in dem ein vorliegender Eigenschaftsirrtum als ein „wesentlicher“ behandelt wurde, obwohl die betreffende Eigenschaft nicht ausdrücklich ausgesprochen gewesen war und sich einer der beiden Kontrahenten einseitig im Irrtum befunden hatte.<sup>196</sup> Diesen Fall

<sup>188</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531; ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 177; POTTHOFF, 1824/25, S. 192; ROTHSCHILD, 1837/38, S. 237; GRÖNING, 1840/41, S. 334.

<sup>189</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 532; ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 177; POTTHOFF, 1824/25, S. 192; ROTHSCHILD, 1837/38, S. 237–238; GRÖNING, 1840/41, S. 334.

<sup>190</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531. Keine Erörterung über diesen Irrtumstyp findet sich in allen oben aufgeführten Nachschriften. In dem Manuskript seiner Vorlesungen steht die Erörterung darüber auch im § 121 unter dem Titel der Rechtsübertragung beim Kauf – fol. 575 (verso).

<sup>191</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531; unter den obigen Nachschriften führt nur ROTHSCHILD, 1837/38, S. 56 diesen Irrtumstyp ohne Beschränkung auf den *facere*-Vertrag auf.

<sup>192</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 530 (verso): „NB. Diesem an die Seite zu stellen Irrthum über Art des Vertrages auch Consens ausschließend z.B. einer will Kauf, der andere Miethe . . .“

<sup>193</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531 (verso): „NB. nicht der abstracte Stoffbegriff anwendbar (Kupfer oder Zinn – verschiedene Holzarten s.u.) – auch nicht der abstracte Geschlechtsbegriff (Thiere).“

<sup>194</sup> Nämlich in D.19.1.21 § 2. Marburger Pandekten Ms., fol. 533; ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 177; ROTHSCHILD, 1837/38, S. 237; GRÖNING, 1840/41, S. 335.

<sup>195</sup> Nämlich in D.18.1.11 § 1. Marburger Pandekten Ms., fol. 531 (verso).

<sup>196</sup> Nämlich in D.18.1.11 § 1, worüber Marburger Pandekten Ms., fol. 531 (verso): „Es verkauft einer eine *Scлавin*, der Andere kauft für einen *Scлавен* (z. B. im Dunkeln) – hier nicht ausgesprochen und einseitiger Irrthum“.

konnte Savigny nicht, wie dies das ALR<sup>197</sup> und eine Lehre des gemeinen Rechts<sup>198</sup> getan hatten, als einen, die gewöhnlich vorausgesetzte Beschaffenheit oder die *naturalia negotii* betreffenden Irrtum auffassen, weil nach dem Verständnis Savignys das römische Recht keinen solchen Irrtumstyp kannte.<sup>199</sup> Er konnte diesen Fall auch nicht in die Gewährleistungsregelung einordnen, weil die Stelle der römischen Quellen bei diesem Fall die Nichtigkeit bzw. das Nichtvorhandensein des Vertrages als Folge des Konsensmangels ergab, nicht die *actio redhibitoria* oder *quanti minoris* unter der Voraussetzung des gültigen Vertrages.<sup>200</sup>

So vertrat er schon in seinen Pandektenvorlesungen die Auffassung, daß der Eigenschaftsirrtum nur dann „wesentlich“ sei, wenn der Mangel der betreffenden Eigenschaft sich als so schwerwiegend erweise, daß die Sache dadurch zu einer anderen Art gehöre, als der, die ursprünglich vorgestellt worden war.<sup>201</sup> Wenn dagegen ein „unwesentlicher“ Eigenschaftsirrtum vorlag, sollte der Vertrag an sich gültig bleiben und ein Schutz höchstens aus dem Aussprechen der Eigenschaft (*dictum*), dem stillschweigenden Einverständnis oder dem *dolus* gegeben werden.<sup>202</sup>

<sup>197</sup> ALR I, 4, § 81.

<sup>198</sup> DABELOW, *Pandecten-Recht*, T. 2, S. 51.

<sup>199</sup> Es folgt aus den Vorlesungen Savignys über das ALR. Vgl. Das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten, nach dem Vortrage des Staatsraths v. Savigny, F. v. ZSCHÜSCHEN, Berlin den 25ten October 1819 (Mainzer UB, Ms. 55), S. 60; Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. Nach dem Vortrage des Herrn Geh. Ob. Revis. Rath von Savigny, von Michaels 19 bis Ostern 20, mitgeschrieben von FR. v. KLEIST (Havard CL, Ms. 2099), S. 49 [nach meiner Seitenzählung] (über die beiden Nachschriften, vgl. RÜCKERT, *Idealismus*, S. 445); vgl. auch Vorlesungen über das allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten, gehalten von dem Geheimen Justiz-Rath v. Savigny, nach dem beiliegenden Grundrisse, angefangen d. 26. Apr. 24 beendet d. 17. August 1824, nachgeschrieben von FR. LOUIS JAEHNIGEN (Kyushu UB/Japan, D-84-S-8), S. 32. ZSCHÜSCHEN, 1819/20, S. 60: „Wenn ich bei einem verkauften Landtue einen Ertrag supponiere, welcher in dieser Gegend oder gewöhnlich angenommen werden kann. Nach dem römischen Recht kann ich diesen Contract nicht aufheben, außer beim *dolus*. Wohl aber im Landrecht. Dagegen, kaufe ich etwas was ich für Gold halte, so ist dies römisch ungültig, nach Landrecht nicht, denn man kann hier nicht von einer gewöhnlichen Qualität sprechen.“ Dieselben, aber noch kürzeren Erörterungen finden sich auch in anderen zwei Nachschriften.

<sup>200</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 872 (verso): „?Verhältniß [scil. der Gewährleistung] zu *Irrthum*? Irrthum über Substanz macht den *Vertrag null* (Beyspiel *inauratum quod aureum putamus*) Irrthum über bloße Qualität macht *nicht null*“.

<sup>201</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531: „si in corpore consentire et in substantia dissentire, d. h. in einer so wesentlichen Qualität, daß dadurch die Sache zu einer andern Art von Sache wird (andern Namen führt) – Beyspiel.“ ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 177; ZSCHÜSCHEN, ALR, 1819/20, S. 59; POTTHOFF, 1824/25, S. 192; ROTHSCHILD, 1837/38, S. 237; GRÖNING, 1840/41, S. 335.

<sup>202</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 533–533 (verso); fol. 871 (verso)–872 (verso). Ein Beispiel des Aussprechens der Eigenschaft ist der Fall, daß das alte Kleid als das neue verkauft wurde (D.18.1.45); ein Beispiel des stillschweigenden Einverständnisses ist der Fall, daß ein Teil des zu verkaufenden Hauses schon vor dem Kauf eingestürzt ist – mit dem Namen „Haus“ sollte denn nur das ganze Haus verstanden werden – (D.18.1.57) und

Dieser Schutz sollte aber außerhalb der Regelung des Konsensmangels stehen.

Daß Savigny sogar beim einseitigen Eigenschaftsirrthum die Möglichkeit des „wesentlichen“ Irrthums anerkannte, bedeutete die Beseitigung der Unterscheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrthum, die etwa Thibaut noch beibehalten hatte.<sup>203</sup>

Ein Erfordernis, daß beim Irrenden keine grobe Nachlässigkeit vorliegen dürfe, hatte wahrscheinlich auch Savigny anfangs angenommen, weil in seinem Manuskript für die Pandektenvorlesungen am Anfang der Irrthumslehre beim Vertrag die „allgemein negative Regel“ steht, wonach „es . . . nicht error deperditi et nimis securi seyn, non ignorare quod omnes sciunt“<sup>204</sup> dürfe. Danach änderte sich seine Meinung, es ist jedoch nicht mehr feststellbar, wann genau dies geschah. Die marginale, wahrscheinlich später hinzugefügte Anmerkung lautet: „NB. dann [scil. beim „wesentlichen„ Irrthum] auch nichts auf das culpose in dem Irrthum an, da es von vornherein an jeder *causa obligationis* fehlt.“<sup>205</sup>

Der Grund dafür, daß es beim „wesentlichen“ Irrthum auf das Verschulden des Irrenden nicht ankam, war – wie oben zitiert – das Fehlen der *causa obligationis*. Dies bedeutete zugleich, daß es sich bei dem Grund für die Nichtigkeit des Vertrages wegen des Konsens ausschließenden Irrthums einzig um den negativen Grund des Nichtvorhandenseins der *causa obligationis*, nicht aber um den positiven Grund des Vorhandenseins des Irrthums – wie bei der *condictio* – handelte. Deshalb faßte Savigny später die Fälle, bei denen zwar durchaus auch ein Irrthum vorliegen mochte, die aber bereits an sich schon so beschaffen waren, daß es an den notwendigsten Bedingungen einer juristischen Tatsache fehlte, als die „unächtigen Fälle des Irrthums“ zusammen. Darauf bezieht sich auch die marginale, dem Manuskript der Pandektenvorlesungen wahrscheinlich ebenfalls später hinzugefügte Anmerkung: „Wahrer

der Fall des Tisches, der als der aus dem Zitronenholz hergestellte verkauft wurde (D.19.1.21 § 2); ein Beispiel des *dolus* ist der Fall, daß der Verkäufer die gestohlene Sache wissend verkaufte (D.19.1.13 § 1, D.18.1.34 § 3). In den Nachschriften von ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 178 und von POTTHOFF, 1824/25, S. 193 finden sich nur die Fälle vom Aussprechen und vom *dolus*, während es in anderen Nachschriften keine Erörterung über diese Frage wenigstens in der Irrthumslehre gibt.

<sup>203</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531; ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 177; POTTHOFF, 1824/25, S. 192; ROTHSCHILD, 1837/38, S. 237; GRÖNING, 1840/41, S. 336.

<sup>204</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 530 (verso). Keine von den obigen Nachschriften erwähnt diese Frage.

<sup>205</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531. Nur GRÖNING, 1840/41, S. 143 behandelt die Frage nach dem Verschulden beim echten Irrthum, während in anderen Nachschriften keine Erörterung darüber vorliegt.

Gesichtspunkt des error: Ausschließen oder Modifikation der gewöhnlichen Wirkung (oder Nichtwirkung) juristischer Tatsachen – unächte Fälle des Irrthums: error in corpore<sup>206</sup>. Dies führt zu der folgenden Unterscheidung:

a) „ächter“ Irrtum (Motivirrtum). Er ist nur ausnahmsweise beachtlich und kann selbst dann die gewöhnliche Wirkung der juristischen Tatsache nur modifizieren; liegt das Verschulden des Irrenden vor, bleibt er unberücksichtigt.

b) „unächter“ Irrtum („wesentlicher Irrtum“). Die gewöhnliche Wirkung der juristischen Tatsache ist ausgeschlossen; es fehlt an der causa obligationis. Verschulden des Irrenden bleibt also in diesem Zusammenhang unberücksichtigt.

Wie oben ausgeführt, hatten die gemeinrechtlichen Lehren seit Thibaut darüber gestritten, ob und warum ein wegen Konsensmangel nichtiger Vertrag, wieder gültig werden könne, sofern grobe Nachlässigkeit des Irrenden vorlag. Die herrschende Meinung, welche diese Auffassung unter der Berücksichtigung der Zuverlässigkeit der Erklärung vertrat, war zwar schon vor Savigny kritisiert worden; die Kritiker konnten sich jedoch wahrscheinlich deshalb nicht durchsetzen, weil sie nicht in der Lage waren, den Widerspruch zwischen dem Kriterium des Konsensmangels und jenem römischen Grundsatz aufzuheben, wonach bei grober Nachlässigkeit des Irrenden der Irrtum unbeachtlich sein sollte. Dies gelang nun jedoch Savigny durch die Einführung des Begriffs des „unächten“ Irrtums. Nur so war es möglich zu erklären, warum es beim „wesentlichen“ Irrtum, noch genauer beim Konsensmangel als dessen Folge, nicht auf das Verschulden des Irrenden ankommen konnte.

Was können wir schließlich über die Darstellung von der Erweislichkeit oder Erkennbarkeit des Irrtums in den Pandektenvorlesungen Savignys kennenlernen? Darüber findet sich in dem Manuskript der Pandektenvorlesungen neben der Bemerkung „überall Irrthum vom Irrenden zu beweisen“<sup>207</sup> die folgende Erörterung, die im Abschnitt unter dem Titel „Interpretation der Willenserklärung“<sup>208</sup> im Obligationsrecht steht.

<sup>206</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 131 im allgemeinen Teil. Dieselbe Erörterung findet sich nur in ROTHSCHILD, 1837/38, S. 56 und GRÖNING, 1840/41, S. 142.

<sup>207</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 530 (verso). Diese Erörterung findet sich nur im eigenen Manuskript Savignys.

<sup>208</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 536–538; Es gibt auch im allgemeinen Teil eine kurze Erörterung: „§ 125 Interpretation der Rechtsgeschäfte – ähnlich der Interpretation der Gesetze. Die Römer auch hierin Muster – ein großer Theil der Pandekten blos Beispielsammlung hierzu –. Die gewöhnlichen Regeln dafür eben so dürftig als die für die Interpretation der Gesetze – s. u. Verträge und Testamente“. Marburger Pandekten Ms., fol. 133.

„Alle Theile des römischen Rechts, so auch die Verträge, voll von Interpretationsfällen. So zu betrachten die Regel, in dubio pro dotis pronuntiantum. L. 85. pr. de R. J. Hier nur das allgemeine, subsidiäre, für die Verträge. leg. *Zächariä*, Hermeneutik, p. 93. Genau vor allem die Fälle zu unterscheiden, um den der Interpretation zu finden:

a) *klare* Erklärung – kein Fall für Interpretation – *Simulation* möglich. s.o./?voluntas potius spectanda quam verba? zweyfacher möglicher und richtiger Sinn:

- 1) nicht buchstäbele, z. B. nicht technische Genauigkeit im gemeinen Leben supponiren, L. 219 de V. S. L. 64 de R. J. (nicht als gemeynt supponieren quae raro accidunt)
- 2) bey *Simulation*/ wer also einseitig behauptet, er habe es anderes gewägt, kann nicht gehört werden schon weil ihm fast immer der Beweis fehlen wird – dahin gehört L. 99. pr. de V. O.

b) *unklare* Willenserklärung

- 1) *absichtliche* Unbestimmtheit – nutzt an sich bald dem creditor bald dem debitor – jenes bey *Dürfen* (z. B. unbestimmtes jus viae umfaßt den ganzen Acker s. o.), dieses bey *Sollen* (obligatio alternativa – s. o.) – immer keine Interpretation.
- 2) *nicht absichtliche* – NB. das theils überhaupt zur Vermuthung, theils in den meisten einzelnen Fällen noch besonders (Beyspiel vom Verkauf bey mehreren ähnlichen Sachen):
  - a) der Wille bekannt und erweislich und nicht übereinstimmend:
    - a./ wesentlich – kein Vertrag s. o. – Beyspiel
    - b./ nicht wesentlich – *Interpretation* – Beyspiel
  - b) unerweislich (z. B. von beiden Seiten ganz unbegründete Behauptung, oder auch beide sind schon todt) – *Interpretation*.<sup>209</sup>

Daraus, daß der („unächte“) Irrtum und der Dissens bei Savigny eine Einheit bilden<sup>210</sup> und die Erörterungen im Obligationsrecht in seinem Manuskript der Pandektenvorlesungen in die Themenreihe „Irrthum“ – „Simulation“ – „Willenserklärung (Form)“ – „Interpretation der Willenserklärung“ eingeordnet sind, daß ferner in der oben zitierten Stelle ein Hinweis auf den „Hermeneutik“ Zachariäs<sup>211</sup> steht, wo D. 45. 1. 83 § 1<sup>212</sup>

<sup>209</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 536–536 (verso). Nur in ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 179 gibt es die Erörterung über den Fall: b)–1) (den Fall der absichtlichen Unbestimmtheit von der unklaren Willenserklärung), wogegen keine entsprechende Erörterung in anderen Nachschriften vorliegt.

<sup>210</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531 und 532.

<sup>211</sup> KARL SALOMO ZACHARIÄ, Versuch einer allgemeinen Hermeneutik, Meissen 1805.

<sup>212</sup> ZACHARIÄ, Versuch, S. 94: „Si stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit“.

aufgeführt ist, folgt wahrscheinlich, daß der oben genannte Fall unter b)-2)-a)-a./, in dem eine Willenserklärung unklar, diese Unbestimmtheit unabsichtlich, der Wille bekannt und erweislich und nicht übereinstimmend, und diese Uneinigkeit wesentlich ist, dem Fall des „wesentlichen“ Irrtums entspricht.<sup>213</sup> Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die „Bekanntheit und Erweislichkeit“ des mit der Erklärung nicht übereinstimmenden Willens ein entscheidendes Erfordernis für die Feststellung des „wesentlichen“ Irrtums bzw. Dissenses war, wobei kein Vertrag vorliegen sollte, und daß es sich keineswegs um die Erkennbarkeit im Sinne des Wissens des Gegners handelte.

## 2. System des heutigen römischen Rechts

Es würde den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen, im folgenden die Irrtumslehre Savignys in ihrem Gesamtbild darstellen zu wollen – hierzu gibt es bereits eine große Zahl von Veröffentlichungen. Ich möchte in diesem Abschnitt vielmehr vor dem Hintergrund meiner bisher angeestellten Untersuchungen meine eigene Ansicht zum Streit über Savignys Irrtumslehre darlegen.

Der Ansicht Luigs, daß die Irrtumslehre Savignys hinsichtlich der Beachtlichkeit des Irrtums hauptsächlich auf das Kriterium der Erkennbarkeit im Sinne der Erklärungstheorie abstelle,<sup>214</sup> kann ich mich nicht anschließen. Dieses Kriterium der Erkennbarkeit ist namentlich in der Irrtumsregelung des ABGB, in dieser Form jedoch nicht in der Lehre Savignys zu finden. Wie oben ausgeführt, sind nämlich die theoretischen Genealogien der Irrtumsregelung des ABGB und der Lehre Savignys ganz verschieden.

Der entscheidende Gesichtspunkt für die Beachtlichkeit des Irrtums im ABGB, daß der Gegner den Irrtum veranlaßt haben muß, stammt theoretisch-genetisch, verbunden mit der *dolus*-Lehre, aus den Lehren Gundlings, Kreittmayrs und Martinis. Auch Ulrich, Rasp und Zeiller nahmen diesen Gesichtspunkt auf, mit der Ausnahme, daß Verträge

<sup>213</sup> In ZACHARIÄ, Versuch, S. 93 findet sich aber nicht dieselbe Erörterung, sondern die wie folgt: „... Jedoch da bey einem Jeden Vertrage zwey verschiedene Willen vorkommen, so fragt sichs, wessen Absicht giebt den Ausschlag, wenn beyde Parteyen bey der Schliessung des Vertrages eine verschiedene Meinung hatten, oder in der Folge in der Erklärung des Vertrages von einander abweichen, ohne dass sich der ursprüngliche Sinn desselben entdecken lässt? (Si non apparet, quid acti sit? sagt die 1.33 [D.18.1.33] Hier ist zu unterscheiden: 1) Entweder waren die Contrahenten in der Hauptsache verschiedener Meinung; als dann ist der ganze Vertrag ungültig D.45.1.83 § 1.2) oder in einem Benenumstände; ...”

<sup>214</sup> LUIG, *Ius Commune VIII* (1979), S. 46.

auch dann ungültig sein sollten, wenn der Nichtirrende den Irrtum des Gegners zwar nicht veranlaßt hatte, dieser für ihn erkennbar war oder hätte sein müssen. Zweifellos hat die Irrtumsregelung des ABGB diese Lehre Zeillers aufgenommen.<sup>215</sup> Auf dem Gebiet des gemeinen Rechts wurde die Lehre Gundlings am Ende des 18. Jahrhunderts von Hellfeld, Weiß, Bauriedel, Glück, Liekefett und Köchy aufgenommen, die allerdings dem Gesichtspunkt Gundlings ebenfalls eine Ausnahme hinzuzufügen, indem sie einen, zwar nicht vom Gegner veranlaßten, aber unvermeidbaren, d. h. nicht etwa auf grober Nachlässigkeit des Irrenden beruhenden Irrtum berücksichtigten.

Eben diese Lehre seit Gundling, die typischerweise die Irrtumslehre mit der Lehre vom *dolus* verbunden hatte, war Gegenstand der Kritik Thibauts, als er namentlich die Darstellung Glücks kritisierte und dagegen seine Lehre vom Konsensmangel setzte. Savigny<sup>216</sup> fiel nun die Aufgabe zu, jene, dem Prinzip des Konsensmangels eigentlich fremden Elemente in der Irrtumslehre Thibauts, wie etwa die Unterscheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum nach dem Kriterium, ob der andere den Irrtum des einen kannte oder nicht,<sup>217</sup> oder das Erfordernis, daß keine grobe Nachlässigkeit des Irrenden vorliegen dürfe,<sup>218</sup> auszuschließen und dadurch den Gesichtspunkt des Konsens- oder Willensmangels als Grundprinzip der Lehre des „unächten“ Irrtums nunmehr durchzusetzen. Angesichts der entscheidenden Bedeutung, welche dem Gesichtspunkt des Konsens- oder Willensmangels damit für die Lehre des „unächten“ Irrtums zukam, erscheint schwer vorstellbar, daß Savigny stattdessen das Kriterium der Erkennbarkeit im Sinne, daß der Gegner den Irrtum des Erklärenden kannte, als oberstes Prinzip seiner Lehre des „unächten“ Irrtums anerkannt haben soll.

Wie oben ausgeführt, unterschied Savigny nicht zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum beim Konsens- oder Willensmangel. Nach seiner Ansicht sollte es sich nur darum handeln, daß wegen des Konsens- oder Willensmangels ein gültiges Rechtsgeschäft nicht vorhanden war, ohne Unterschied, ob der Gegner den Irrtum kannte oder auch er gleich-

<sup>215</sup> In der Tat faßte auch Savigny selbst die Irrtumsregelung des § 871 ABGB als diejenige auf, wonach „der Irrthum nur bey dem Dolus des Gegners den Vertrag entkräftete“, System, Bd. 3, S. 471.

<sup>216</sup> Savigny bemerkte in seiner „Marburger juristischen Methodenlehre“ über Hellfeld und Glück im allgemeinen: „HELLFELD ist wieder schlechter [als BÖHMER] und oft falsch. Man hat ihn doch kommentiert. Auch GLÜCK unter anderen“. Juristische Methodenlehre, hrsg. von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951, S. 62.

<sup>217</sup> System, Bd. 3, S. 266 Anm. h.

<sup>218</sup> System, Bd. 3, S. 264, S. 298 Anm. n, S. 446.

falls in demselben Irrtum war.<sup>219</sup> Im Gegensatz zur Lehre Thibauts sollte bei Savigny das Wissen des Gegners zwar beim *dolus* ein Erfordernis zu seiner Beachtlichkeit nach bestimmten Vertragsverhältnissen,<sup>220</sup> aber nicht beim Konsens- oder Willensmangel sein.<sup>221</sup>

Dies macht auch sein Verständnis eines Falles aus den römischen Quellen anschaulich, in dem ein Vertrag wegen des „wesentlichen“ Irrtums nichtig war, obwohl der Gegner den Irrtum seines Kontrahenten gar nicht gekannt haben konnte (D.18.1.41 § 1). In diesem Fall ging es darum, daß ein Verkäufer einen versilberten Tisch, den er selbst für massiv silbern hielt, als massiv silbern verkaufte und der Verkauf nichtig war. Der Verkäufer konnte tatsächlich den Irrtum des Käufers nicht kennen, da er sich selbst im Irrtum befand. Hätte Savigny wirklich die Erkennbarkeit des Irrtums im Sinne, daß der Gegner ihn kannte, für das oberste Kriterium der Lehre des „unächtigen“ Irrtums gehalten, so hätte er auch in diesem Fall die Tatsache, daß der Irrtum dem Gegner zur Zeit des Vertragsabschlusses aus der Willenserklärung oder der Natur der Sache nach offenbar war, hineininterpretieren müssen, wie dies bereits Zeiller getan hatte.<sup>222</sup> Doch findet sich eine derartige Erläuterung zu diesem Fall weder in seinen Pandektenvorlesungen<sup>223</sup> noch im System.<sup>224</sup>

Deutlich wird die Verschiedenheit der Standpunkte von Zeiller und Savigny auch in der Behandlung des Kalkulationsirrtums. Nach Zeiller richtete sich die Beachtlichkeit eines Kalkulationsirrtums danach, ob für den anderen Kontrahenten der Irrtum erkennbar war oder hätte sein müssen.<sup>225</sup> Für Savigny dagegen war ein Kalkulationsirrtum bloß eine falsche Erklärung und der Vertrag immer nur nach der richtigen

<sup>219</sup> System, Bd. 3, S. 265, noch konkreter: S. 293, 298.

<sup>220</sup> System, Bd. 3, S. 119: „In der Regel wird der Betrug durch positive Thätigkeit verübt. Er ist aber auch denkbar durch ein bloß leidendes Verhalten, also durch wissentliches, stillschweigendes Dulden des fremden Irrthums, den wir nicht selbst hervorgebracht haben. Dieses letzte jedoch nur unter Voraussetzung eines solchen Vertragsverhältnisses, worin der Andere von uns Offenheit zu erwarten berechtigt ist, so daß hier Schweigen und Reden als ein untrennbares Ganze betrachtet werden muß“.

<sup>221</sup> System, Bd. 3, S. 266 Anm. h.

<sup>222</sup> ZEILLER, NPR, S. 146.

<sup>223</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531 (verso).

<sup>224</sup> System, Bd. 3, S. 278, 281, 293: „Hier ist überall der Kauf nichtig, der Käufer braucht daher nicht zu zahlen, und kann das gezahlte Geld zurückfordern. Dieses soll gelten, ohne Unterschied ob der Verkäufer es besser wußte, oder gleichfalls im Irrthum war“. Vgl. auch S. 295.

<sup>225</sup> ZEILLER, ABGB Commentar, Bd. 3, S. 42.

Kalkulation gültig,<sup>226</sup> wobei die Frage der Erkennbarkeit des Irrtums keine Rolle spielte.

Die für Luig<sup>227</sup> entscheidende Stelle des dritten Bandes im „System“ Savignys, S. 259, lautet: „Demnach darf ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nur angenommen werden, insofern er für den, welcher mit dem Handelnden in unmittelbare Berührung kommt, erkennbar ist oder wird, also unabhängig bleibt von dem bloßen Gedanken des Handelnden.“ Diese Stelle betrifft, wie Luig<sup>228</sup> mit Recht ausführt, sowohl den Fall der absichtlichen Erklärung ohne Willen, als auch den der unabsichtlichen Erklärung ohne Willen, wie die danach folgenden Darstellungen es beweisen.<sup>229</sup> Was aber bedeutete jene Stelle? Die ihr entsprechende Erörterung steht im Manuskript der Pandektenvorlesungen unter dem Titel „Interpretation der Willenserklärung“, wie oben schon ausgeführt. Sie lautet hinsichtlich des Falles der unabsichtlichen Unbestimmtheit bei der unklaren Willenserklärung: „der Wille bekannt und erweislich und nicht übereinstimmend.“<sup>230</sup> Obwohl in den Pandektenvorlesungen der Gesichtspunkt des Konsensmangels und im „System“ der Gesichtspunkt des Willensmangels betont wird, widersprechen die beiden angeführten Zitate einander nicht, weil Savigny auch den Fall des Dissenses unter den Begriff des Willensmangels einordnete.<sup>231</sup> Unter dem Ausdruck „erkennbar ist oder wird“ auf Seite 259 des „Systems“ ist also nicht das Kriterium der Erkennbarkeit des Irrtums für den Gegner im Sinne der Meinung Luigs<sup>232</sup>, sondern vielmehr das Erfordernis der Erweislichkeit des Irrtums zur Feststellung des Wil-

<sup>226</sup> So schon in Marburger Pandekten Ms., fol. 534: „... Der Irrthum in einer Rechnung bewirkt nicht, nur unrichtige Erklärung nicht Vertrag, also höchstens irrige Quittung, und schadet dann natürlich nicht. L. un. C. de err. calc. [C. 2. 5. un.]“. Dieselben Erörterungen stehen in: ZSCHÜSCHEN, 1818/19, S. 178; POTTHOFF, 1824/25, S. 193; ROTHSCHILD, 1837/38, S. 238; GRÖNIG, 1840/41, S. 334. Vgl. auch System, Bd. 6, Berlin 1847, S. 381.

<sup>227</sup> LUIG, *Ius Commune VIII* (1979), S. 45.

<sup>228</sup> LUIG, *Ius Commune VIII* (1979), S. 46. M. E. ist es also falsch, wenn z. B. H. VON HOLLANDER, *Zur Lehre von „error“ nach römischem Recht*, Halle 1898, S. 4; OEBICKE, *Wille und Erklärung*, S. 39; WUNNER, *Contractus*, Köln-Graz 1964, S. 137 Anm. 10 und HAMMEN, *Bedeutung Savignys*, S. 117 die Auffassung Leonhard-Luigs damit verwerfen, daß sie jene Stelle: System, Bd. 3, S. 259 nur auf die Erörterung über die Mentalreservation beziehen lassen.

<sup>229</sup> System, Bd. 3, S. 259: „Dieses kann geschehen auf zweyerley Weise. ... Ich nenne jenes die absichtliche, dieses die unabsichtliche Erklärung ohne Willen“.

<sup>230</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 536–536 (verso): vgl. oben.

<sup>231</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 531, 532 und System, Bd. 3, S. 265–266.

<sup>232</sup> LUIG, *Ius Commune VIII* (1979), S. 46 Anm. 52 folgt der Ansicht von E. I. BEKKER, *kVJS Bd. 3* (1861), S. 183 und LEONHARD, *Irrtum*, S. 17 ff. Das heißt aber nur eine Ignorierung der Eigentümlichkeit der Lehre Savignys. Vgl. unten.

lensmangels zu verstehen; d. h. es handelte sich dabei um eine Beweisfrage.<sup>233</sup> Damit ist ausgedrückt: „wenn Jemand sagt: ich will, so wird solange angenommen, daß er wirklich wolle, bis aus objektiv erkennbaren Thatsachen sein Nichtwollen dargethan ist.“<sup>234</sup> Mit anderen Worten wird „der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung erkennbar durch Nachweisung eines Irrthums, durch welchen der Wille selbst ausgeschlossen wird.“<sup>235</sup> Dieselbe Denkweise findet sich schon in den Naturrechtslehren an der Wende zum 19. Jahrhundert, namentlich bei Hufeland, Jakob, Buhle und vor allem bei Bauer. Und in den gemeinrechtlichen Lehren hatte auch Thibaut die wirkliche Erweislichkeit des Irrtums betont. Auch die Gebrauchsbeispiele der Wörter „erweislich“ und „erkennen“ betreffs der Willenserklärung im dritten Bande des „Systems“ könnten vielleicht meine Auffassung bestätigen.<sup>236</sup>

Auch eine Mentalreservation bzw. einseitige Simulation hielt er ja nur deshalb grundsätzlich für unbeachtlich, weil „dem, wer einseitig

<sup>233</sup> CARL GEORG WÄCHTER, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, Stuttgart 1842, S. 749–750; JOSEPH UNGER, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 2, 2. Aufl., Leipzig 1863, S. 118.

<sup>234</sup> WINDSCHEID, Pandekten, 5. Aufl., Stuttgart 1879, S. 201 Anm. 1.

<sup>235</sup> PHILIP LOTMAR, kVJS Bd. 26 (1884), S. 276 als eine Kritik an der Lehre Leonhards.

<sup>236</sup> „Erweislich“: z. B. System, Bd. 3, S. 247 betr. der stillschweigenden Erklärung: „Wenn derjenige, dem eine Erbschaft aufgefallen ist, Geschäfte, die zu derselben gehören besorgt, so liegt in dieser pro berede gestio in der Regel eine stillschweigende Antretung der Erbschaft. Es kann aber diese Deutung einer solchen Handlung ausgeschlossen werden, ... teils durch *erweisliche* andere Absichten“; S. 259 betr. der absichtlichen Erklärung ohne Willen: „... indem Dasjenige, was sonst als Zeichen des Willens dient, in diesem einzelnen Fall *erweislich* einen anderen Zweck hat“; S. 269 betr. des Irrtums, der die in dem Rechtsverhältniß uns gegenüberstehende Person betrifft: „So wenn ein Testator einen Erben schriftlich ernennt, während er *erweislich* eine andere Person in Gedanken hat, die er mit jenem ernannten Erben verwechselt.“

„Erkennen“: z. B. System, Bd. 3, S. 258 betr. des Verhältnisses zwischen dem Wille und der Erklärung: „Denn eigentlich muß der Wille an sich als das einzig wichtige und wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen *erkannt* werden könne und dies Zeichen, wodurch der Wille offenbart, ist eben die Erklärung“; S. 263 betr. der absichtlichen Erklärung ohne Willen: „... so bewährt sich doch in allem der obenbemerkte gemeinschaftliche Charakter, daß der Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung nicht in dem bloßen Gedanken des Handelnden eingeschlossen ist, sondern von Denen, welche mit ihm in unmittelbare Berührung kommen, *erkannt* werden kann“; S. 264 betr. der unabsichtlichen Erklärung ohne Willen: „Es ist jedoch dieser Irrthum nicht etwa hier für minder wichtig zu halten, als in anderen Fällen der ächte Irrthum, er ist es nur auf andere Weise; er ist wichtig, insofern wir aus ihm *erkennen*, daß der Wille, welcher nach der Erklärung angemessen werden müßte, in der That nicht vorhanden ist...“; S. 267–268 betr. der Fälle der unabsichtlichen Erklärung ohne Willen: „In jedem derselben finden wir einen das Rechtsgeschäft begleitenden Irrthum, aus welchem wir die Abwesenheit des wahren Willens, also auch des gültigen Rechtsgeschäfts, *erkennen*.“

Zusammenbetrachtet meinte Savigny keineswegs es handle sich um die Erkennbarkeit im Sinne des Wissens für den Empfänger der Erklärung, sondern es handle sich um die objektive Nachweislichkeit.

behauptet, er habe es anders gemeint, der Beweis fast immer fehlen"<sup>237</sup> würde, und weder deshalb, weil der Erklärende nicht den anderen Kontrahenten täuschen dürfe,<sup>238</sup> noch deshalb, weil die Behauptung einer Mentalreservation einen logischen Widerspruch enthalte.<sup>239</sup>

Die Willensmangellehre im „System“ Savignys kann demnach als die konsequente Durchführung der bereits weitgehend in den Pandektenvorlesungen herausgearbeiteten Konsensmangellehre seit Thibaut aufgefaßt werden. Die so erfolgte Durchsetzung der Willensmangellehre in der gesamten Irrtumslehre läßt sich in ihrer Wirkung vor allem an den folgenden Punkten festmachen: an der konsequent durchgeführten Unterscheidung zwischen dem Willensmangel als einem Fall des „unächten“ Irrtums und dem Motiv- („ächten“) Irrtum,<sup>240</sup> an der absoluten Nichtigkeit von Willenserklärungen beim Willensmangel,<sup>241</sup> an der Beseitigung des Erfordernisses des Nichtvorhandenseins der groben Nachlässigkeit zur Feststellung dieser Nichtigkeit<sup>242</sup>, an der grundsätzlichen „Wesentlichkeit“ eines Irrtums über die Identität der Person des Mitkontrahenten,<sup>243</sup> an der durchgehenden Beseitigung der Unterscheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Irrtum, sowie am Ausschluß des Irrtums über nichtexistierende Sache aus der Kategorie der „wesentlichen“ Irrtümer.<sup>244</sup>

Obwohl so die Willensmangellehre im „System“ auf diese Weise einerseits das Erfordernis des Nichtvorhandenseins der groben Nachlässigkeit, andererseits das der Erkennbarkeit des Irrtums für den Gegner beseitigt hatte, enthielt sie nun ihrerseits bestimmte Festlegungen. Im „System“ war erstens der Wille ein eng gefaßter Begriff. Er bedeutete ausschließlich den, auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsver-

<sup>237</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 536; vgl. oben; genau so auch WINDSCHEID, Pandekten, Bd. 1, 4. Aufl., Düsseldorf, 1875, S. 197 Anm. 1. Vgl. auch System, Bd. 3, S. 259, Anm. a, wo Savigny J. H. BÖHMER, *Ius ecclesiasticum protestantium*, 4, 1, § 142, Halae 1723 zitierte. Auch bei Böhmer handelte es sich aber um die Erweislichkeit: „Dissensum allegare nequit, qui *improba* reservatione mentali usus est, aliter egit, aliter vero simulavit.“

<sup>238</sup> WINDSCHEID, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl., S. 202, Anm. 1b; DERS., Wille und Willenserklärung (1878), in: Reden und Abhandlungen, Leipzig 1904, S. 359–362. Er veränderte seine frühere Meinung. Darüber vgl. HAUPT, Lehre vom Irrtum, S. 50.

<sup>239</sup> JOSEF KOHLER, Studien über Mentalreservation und Simulation, JherJB 16 (1878), S. 90 ff.

<sup>240</sup> System, Bd. 3, S. 111–115, 440–447.

<sup>241</sup> System, Bd. 3, S. 268.

<sup>242</sup> Vgl. oben.

<sup>243</sup> System, Bd. 3, S. 269–272.

<sup>244</sup> System, Bd. 3, S. 302–304. Savigny behandelte bekanntlich diese Frage im Obligationenrecht unter dem Titel der geschwächten Wirkung des Vertrages: Obligationenrecht, Bd. 2, S. 284–292.

hältnisses gerichteten Willen.<sup>245</sup> Zweitens hatte sich die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des „ächten“, d. h. des Motivirrtums durchgesetzt.<sup>246</sup> Drittens war die Interpretation des Inhalts der Willenserklärung das wesentliche Instrument zur Feststellung des den Konsens oder Willen ausschließenden „wesentlichen“ Irrtums. Im Manuskript der Pandektenvorlesungen<sup>247</sup> ist der Anfang des Abschnitts „Erklärung ohne Willen“ aus dem dritten Bande des „Systems“<sup>248</sup> und der Abschnitt „Auslegung des Vertrages“ aus dem zweiten Bande des „Obligationenrechts“<sup>249</sup> unter dem Titel „Interpretation der Willenserklärung“ einheitlich zusammengefaßt. Schließlich sollten die Fälle der „wesentlichen“ Irrtümer den römischen Quellen folgend ganz eng begrenzt werden.<sup>250</sup>

Die Durchsetzung der Willensmangellehre machte jedoch die Einordnung der Fälle des Eigenschaftsirrtums problematisch. Schon im Manuskript der Pandektenvorlesungen findet sich eine an der Lehre der stillschweigenden Bedingung orientierte Lehre von *error in substantia*<sup>251</sup>, die uns an die Naturrechtslehre des 17. Jahrhunderts erinnert<sup>252</sup>. Diese Einordnungsweise Savignys rief für das spätere gemeine Recht, wie bekannt<sup>253</sup> die heftigen Diskussionen hervor.

### Schlußbemerkung

Die Irrtumslehre des gemeinen Rechts stellte am Ende des 18. Jahrhunderts im wesentlichen auf die dem Begriff des Konsenses fremden Momente ab, wie etwa die Veranlassung des Irrtums durch den Gegner, die Erkennbarkeit des Irrtums für den anderen Kontrahenten oder das Verschulden seitens des Irrenden, ignorierte demgegenüber jedoch den Gesichtspunkt des Konsenses. Den Schlußpunkt dieser Entwicklung bildete die Lehre Glücks, der sogar den Motivirrtum den das Wesen des Geschäfts betreffenden Irrtumsfällen zuordnete.

<sup>245</sup> System, Bd. 3, S. 5.

<sup>246</sup> Die Aufgabe der Beilage VIII war es, die Ausnahmen der grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des „ächten“ Irrtums gründlich auszuführen: System, Bd. 3, S. 354–467.

<sup>247</sup> Marburger Pandekten Ms., fol. 536–538.

<sup>248</sup> System, Bd. 3, S. 257–268.

<sup>249</sup> Obligationenrecht, Bd. 2, S. 186–195.

<sup>250</sup> Was das Verhältnis zwischen der Interpretation der Willenserklärung und des wesentlichen Irrtums anbelangt, behalte ich mir eine gründliche Forschung vor. Vorläufig vgl. CHRISTOPH KRAMPE, Die Unklarheitsregel, Berlin 1983.

<sup>251</sup> Marburger Pandekten Ms., 533–533 (verso); vgl. auch System, Bd. 3, S. 283 Anm. 1.

<sup>252</sup> So schon FLUME, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Neudruck: Darmstadt 1975, S. 29.

<sup>253</sup> Z. B. als eine Kritik an Savignys Eigenschaftsirrtumslehre, vgl. EMIL PFERSCHKE, Zur Lehre vom sog. *Error in substantia*, Graz 1880, § 1.

Thibaut unterzog diese Lehre einer gründlichen Kritik und machte den Konsensmangel zum entscheidenden Kriterium. Diese Irrtumslehre Thibauts wurde am Anfang des 19. Jahrhunderts herrschend. Dazu hat vor allem seine Grundidee beigetragen, daß beim Motivirrtum einerseits der Irrende, mochte er sich auch geirrt haben, dennoch ursprünglich eine Gestaltung des Geschäfts selbstbestimmend frei hatte herbeiführen wollen und demzufolge auch mit dem Risiko aus dieser selbstbestimmten Willensäußerung belastet werden sollte, während er andererseits bei vorliegendem Konsensmangel keine Gestaltung des Geschäfts gewollt hatte und deshalb für das Risiko daraus auch nicht verantwortlich gemacht werden konnte – eine Idee, die mit dem aufkommenden Begriff der Freiheit in der modernen Privatrechtslehre korrespondierte. Aus seiner Lehre vom Willensmangel hat schließlich Savigny diese Vorstellung aufgegriffen und zu einem Höhepunkt an wissenschaftlicher Durchdringung und Geschlossenheit geführt.<sup>254</sup> Danach erkannte er sogar auch beim Fall, daß der Dissens aus der Unbedachtsamkeit<sup>255</sup> oder aus dem fälschlichen Glauben<sup>256</sup> eines Kontrahenten entstand, insofern die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an, als dieser Dissens bzw. Willensmangel im künstlichen Sinne „erweislich“ und „wesentlich“ war. Die Nachfolger Savignys übersahen aber das wichtige Erfordernis der Erweislichkeit des Willensmangels und betonten das Willensdogma.<sup>257</sup> Schon in den sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts hielt man diese herrschende Meinung für unbillig und führte deshalb die Schadenersatzpflicht des Irrenden aus dem Grunde der culpa in contrahendo ein.<sup>258</sup> Andererseits erkannte man aus dem Grunde der Natur der Sache das Erfordernis der Entschuldbarkeit des Irrtums auch beim unechten Irrtum an.<sup>259</sup> Gerade damals entstand eine Lehre, die das Willensmo-

<sup>254</sup> Vgl. mit Recht FLUME, Rechtsgeschäft, 3. Aufl., S. 442. Ich folge aber nicht der Meinung Flumes, wenn er bemerkt, daß Savigny aus dem Gesichtspunkt für die Selbstverantwortung als Teil der Selbstbestimmung nicht die Folgerungen für den Fall des Irrtums gezogen hat, weil er der Autorität der römischen Quellenstellen folgte, wie er sie verstand: DERS., Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Fs. zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 159. Meiner Meinung nach fand Savigny gerade in dem Erfordernis der Erweislichkeit des Willensmangels jene Folgerung aus Selbstverantwortung, wie oben ausgeführt.

<sup>255</sup> System, Bd. 3, S. 264 Anm. d.

<sup>256</sup> System, Bd. 3, S. 445.

<sup>257</sup> Z. B. PUCHTA, Pandekten, 3. Aufl., Leipzig 1845, S. 91–94; LUDWIG ARNDTS, Lehrbuch der Pandekten, 4. Aufl., München 1861, S. 383–385; J. BARON, Pandekten, 2. Aufl., Leipzig 1876, S. 79–80.

<sup>258</sup> R. VON JHERING, Culpa in contrahendo, JherJB 4 (1861), S. 1 ff. v. a. S. 2.

<sup>259</sup> KARL ADOLPH VON VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1863, S. 120; WINDSCHEID, WuWE (1878), in: Reden und Abhandlungen, S. 366; HEINRICH DERNBERG, Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1902, S. 234–235. Bekanntlich war es

ment selbst vernichtete und stattdessen die sog. Erklärungstheorie behauptete.<sup>260</sup> Diese Lehre fand ihr Urbild bei Seite 259 im dritten Bande des „Systems“ Savignys und versuchte diese Stelle als eine Konzession an die Erklärungstheorie aufzufassen, indem sie hier das Erfordernis der Erkennbarkeit des Irrtums im Sinne des Wissens auf der Seite des Erklärungsempfängers ganz willkürlich hineininterpretierte.<sup>261</sup> Wie schon jetzt bekannt, war auch diese Erklärungstheorie nur ein historisches Produkt, das später wieder bekämpft wurde. Trotzdem übt sie noch jetzt auf die Auffassungsweise von der Lehre Savignys Einfluß aus. Namentlich die Meinung Luigs ist nichts anderes als eine Wiedergeburt der Auffassung Bekkers und Leonhards. So könnte ich erklären, wie jene einseitige Auffassung Luigs entstanden ist.

Als japanischer Jurist möchte ich mich schließlich noch kurz der Situation in Japan rechtsvergleichend zuwenden. Dazu muß ich zunächst vorausschicken, daß es in Japan nur den Modifikations- oder Zusammenbruchsprozeß der einmal ausgebildeten modernen Privatrechtslehre gegeben hat,<sup>262</sup> weil das moderne japanische Zivilrecht erst am Ende des 19. Jahrhunderts die damaligen europäischen Rechtswissenschaften aufgenommen hatte. Was auch die Irrtumslehre angeht, so wird die Konsens- oder Willensmangellehre, die die gemeinrechtlichen Lehren am Anfang des 19. Jahrhunderts so entscheidend geprägt hatten, ausschließlich als ein zu überwindendes negatives Moment des „Willensdogmas“ betrachtet und eine neue Theorie vertreten, die sogar

eine Streitfrage, ob die Willenserklärung nur bei grober Fahrlässigkeit oder auch bei der Fahrlässigkeit im allgemeinen gültig sein sollte. Der erste Entwurf des BGB nahm beim ersteren die Gültigkeit an, erkannte dagegen beim letzteren zwar die Nichtigkeit an, verlangte aber den Ersatz des negativen Interesses (§ 99 I-II).

<sup>260</sup> Ich nenne u. a. E. J. BEKKER, *kVJS* Bd. 3 (1861), S. 180-206.

<sup>261</sup> E. J. BEKKER, *kVJS* Bd. 3 (1861), S. 183. DERS., *System des heutigen Pandektenrechts*, Bd. 2, Weimar 1889, S. 58 meinte, jene Stelle sei ein dem voraufgestellten diametral entgegengesetztes Prinzip. Savigny aber scheine diesen Widerspruch zu übersehen. Auch ZITELMANN, *JherJB* 16 (1878), S. 359 fand in jener Stelle Savignys „Konfession an gegnerische Theorie“. Vgl. auch LEONHARD, *Irrtum*, 2. Aufl., I. Teil 1907, S. 12-18; DERS., *AcP* 72 (1888), S. 45. Bekanntlich erkannte auch der erste Entwurf des BGB die Nichtigkeit der aus der groben Fahrlässigkeit gemachten Willenserklärung an, wenn der Empfänger den Irrtum kannte oder kennen mußte (§ 99 III). Diese Regelung schätzte der Vertreter der Erklärungstheorie, wie BEKKER, *Pandekten*, Bd. 2, S. 29 hoch. Meiner Meinung nach stand sie aber näher der Regelung des § 876 im ABGB als der Lehre Savignys. Mit Recht lehnte die zweite Kommission des BGB den Antrag derselben dem Standpunkt des ABGB entsprechenden Regelung von JACUBEZKY, *Antrag* No. 47, *Anträge zu dem Entwurf eines BGB*, Bd. 1, Allgemeiner Teil (Steindruck) ab, weil sie vielfach scharfen Tadel gefunden hatte und weil es bedenklich war, der Strömung der Erklärungstheorie so weit zu folgen, *Protokolle*, Bd. 1, Berlin 1897, S. 106.

<sup>262</sup> SHIGEYOSHI HARASHIMA, *Warum jetzt Savigny?*, in: *Entstehung der modernen Privatrechtswissenschaft und gegenwärtige Rechtstheorie*, Fukuoka/Japan 1988, S. 8 (Japanisch).

die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Motivirrtums ablehnt<sup>263</sup> und die von Savigny ausgeschlossenen, dem Rechtsgeschäft fremden Momente wieder zum entscheidenden Kriterium der Irrtumslehre erhebt. Bei aller, gerade in Fragen der Rechtsvergleichung angebrachten Vorsicht muß diese Tendenz doch als degenerativer Prozeß erscheinen.

Es ist nicht verwunderlich, daß sie sich auch auf das Verständnis von der Irrtumslehre Savignys ausgewirkt hat. Betrachtet man nämlich nur die Situation der gemeinrechtlichen Lehren an der Wende zum 19. Jahrhundert bis Savigny, dann liegt es eigentlich auf der Hand, woher seine Irrtumslehre stammt. Tatsächlich hat man dies jedoch in Japan kaum versucht, sondern sich stets damit begnügt, sie – mehr oder weniger apodiktisch – als eine Art der Erklärungstheorie aufzufassen.<sup>264</sup> Unter diesen methodisch falschen Voraussetzungen könnte freilich die gegenwärtige Tendenz in Japan als logische Weiterentwicklung der Lehre Savignys und Kritik an dieser Tendenz überflüssig erscheinen.

Ich bin anderer Meinung. Die gegenwärtige Tendenz in Japan ist keine Weiterentwicklung, sondern zerstört im Gegenteil den wichtigsten Teil der Lehre Savignys, namentlich seine Idee der Freiheit im Privatrecht. Seine Lehre vom Willensmangel bietet demnach vielmehr – richtig verstanden – den Ausgangspunkt für die Kritik der gegenwärtigen Tendenz in Japan, und eben hier muß der entscheidende Grund für die japanischen Juristen liegen, warum sie gerade jetzt die Lehren von Savigny und seinen Zeitgenossen erforschen sollen.

Mein Aufsatz muß vorläufig damit enden, vor dem Hintergrund der dargelegten geschichtlichen Untersuchung über den Ursprung der Irrtumslehre Savignys der Auffassung Flumes grundsätzlich beizustimmen und festzustellen, daß die erwähnte – von Luig vertretene – Ansicht der Nachprüfung nicht standgehalten hat.

Ich hoffe, daß der vorliegende Aufsatz somit einen Ausgangspunkt für die weitere Forschung über die Wandlung der Rechtslehre in Europa und ihre Aufnahme in Japan im 19. Jahrhundert bilden kann, worauf aber hier nur ein wenig hingewiesen ist.

<sup>263</sup> In der gegenwärtigen Irrtumslehre in Japan ist fast dieselbe Meinung noch herrschend, wie HEINRICH TITZE, Vom sog. Motivirrtum, in: Fs. Ernst Heymann, Weimar 1940, S. 72–111 einmal behauptete.

<sup>264</sup> Es ist interessant, daß fast dieselbe Auffassung Luigs schon vor 19 Jahren von JUNICHI MURAKAMI, Irrtumslehre des gemeinen Rechts in Deutschland, in: Zeitschrift der juristischen Gesellschaft, Bd. 76 (1960), S. 14–18 (Japanisch) vertreten wurde. Sollte ich als japanischer Jurist darauf stolz sein?