Zu Art. 3 I des Zivilgesetzentwurfs

Autor(en): **Stähelin, Max**

Objekttyp: **Article**

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

Band (Jahr): **26 (1907)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896601

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Zu Art. 3 I des Zivilgesetzentwurfs.

(Nach einem Vortrage.)

Von Dr. Max Stähelin in Basel.

„Jedermann hat sowohl in Ausübung seiner Rechte als in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln," verkündet der Entwurf des Bundesgesetzes enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch als den Inhalt der Rechtsverhältnisse. Scheint dieses Wort nicht etwas in das Recht hinein zu tragen, was ihm bisher fremd war und als selbständiger Faktor neben ihm stand, macht es nicht die Gebote der Ethik zu Geboten des Rechts und schreibt vor, nicht mehr bloss wie man sich zu verhalten, sondern auch, von welcher Gesinnung man sich dabei leiten zu lassen habe, während doch sonst allgemein geglaubt wird, dass der Inhalt des Rechts von den Motiven seines Subjekts grundsätzlich unabhängig sei, dass die Beweggründe des Handelnden auf dem Gebiete des Rechts in der Regel nicht beachtet werden?

Und weiter: Wird nicht diese Bestimmung die Rechtsprechung ins Uferlose führen, soll von nun an nicht mehr Gesetz und vertragliche Bindung, sondern das subjektive Empfinden des Richters bestimmen, was Rechtens sei; ist es aus mit dem Ernste und der Hoheit von Gesetz und lex contractus und sind diese herabgesunken zu unmassgeblichen Vorschlägen an Beteiligte und Richter?

Oder aber: Handelt es sich doch nicht um eine solche Umwälzung des Rechtsbegriffs, sondern gar um einen alten längst erkannten und geübten Grundsatz, der uns hier bloss in neuer Form entgegen tritt?

Diese Bedenken mögen kurz berührt werden in den nachstehenden Erörterungen (vergl. dazu Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Wendt, im Archiv für civ. Praxis, Bd 100 S. 1 ff.), die indessen bloss das Gebiet der obligatorischen Verträge berühren, also die Frage behandeln sollen, ob diese von Obligationenrecht und Praxis bestimmte Materie durch den Art. 3 I eine Beeinflussung erfahren wird.

Eine ähnliche Regel kennt das B. G. B. für das Recht der Schuldverhältnisse; § 242[1]) hält dort den Schuldner an, seine Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Stammler[2]) z. B. beantwortet für das deutsche Reichsrecht die Frage im ersten Sinne und zieht allerdings gleich die Konsequenz, wenn er meint, man müsse zugeben, dass an Stelle der meisten einzelnen Rechtssätze, welche die Leistung des Schuldners regeln, nunmehr jene Bestimmung eigentlich genügen würde. Man sieht, die Frage ist eine grundsätzliche und praktisch höchst bedeutungsvolle.

Um sich selbst über sie ein Urteil zu bilden, empfiehlt es sich zunächst, die Methode anzuwenden, die auch in manchen andern Fällen stets noch die beste bleiben wird, nämlich auf das römische Recht zurückzugehen. Unser neues Recht ist ja, wie alles Recht, nicht das Produkt der Vernunft des Einzelnen, sondern der Geschichte, ein Weiterschreiten auf der früher gewandelten Bahn, und vermag daher nicht aus sich allein heraus, sondern bloss in der Verbindung mit dem früher Gewesenen voll verstanden und erkannt zu werden, um so mehr, je weiter der neue Rechtszustand schon der äussern Form nach sich vom alten zu entfernen scheint; hier gilt es dann zu zeigen, ob bloss die Form, oder ob auch das Wesen ein anderes geworden ist; und gerade das künftige Zivilrecht bietet alle Gewähr dafür, dass es an solchen Zweifeln nicht fehlen wird.

Auch für unsre Frage scheint dieser Weg Erfolg zu versprechen; kennt doch das römische Recht in der Anwendung

[1]) Dazu § 157 als Anwendung des Grundsatzes auf das Vertragsrecht.

[2]) Recht der Schuldverhältnisse S. 48.

der Begriffe bona fides und aequitas denselben Grundsatz, den der Entwurf in Art. 3 I proklamiert, und wenn die römischen Entscheidungen, die auf Grund jenes Prinzips ergingen, nicht anders lauten, als wir sie heute noch fordern und fällen würden, so folgt daraus, dass Art. 3 I keinen wesentlich neuen Satz enthält, und der bisherige Rechtszustand mag dann für solche, die sich durch die Vorschrift beunruhigt fühlen, eine Beruhigung und für die Rechtsprechung ein Massstab sein.

Die Form nun, in der das römische Recht den Gedanken der aequitas und bona fides vornehmlich verwertet hat, war die exceptio doli, das Gebilde, mit dem wir uns demgemäss werden auseinanderzusetzen haben.

Das Wort dolus kommt vor als dolus bonus, als die Absicht, ein löbliches Ziel zu erreichen, und als dolus malus, als die Absicht, einen schlechten, juristisch einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen; in dolus allein liegt also ursprünglich keine Wertschätzung; die Verbindung mit bonus aber kennt Ulpian bloss noch als Antiquität,[3]) es scheint, dass sie später ausser Gebrauch kam, dass die Verbindung mit malus einzig gebräuchlich blieb und dass infolge dessen statt dieser Verbindung einfach das Wort dolus gebraucht wurde; in der Sprache der Pandekten ist dolus und dolus malus gleich zu halten, beides bedeutet die Absicht, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen.[4])

Das vom Privatrecht wahrscheinlich zuerst gewährte Mittel, um den dolus rechtlich geltend zu machen, war die actio de dolo, die, wie von Cicero[5]) bezeugt wird, durch Aquilius Gallus im Album des Prätors Aufnahme gefunden hat: inde everriculum malitiarum omnium judicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit, und das Mittel, den dolus in der Verteidigung erheblich zu machen, bot die exceptio doli dar. Für ihre Entstehungszeit scheint einigen Aufschluss zu geben ein Fragment Ulpians im Titel

---

[3]) Dig. 4. 3. 1. 3.

[4]) Vgl. Binding, Normen II S. 269.

[5]) De nat. Deor. lib. III c. 30; de off. lib. III c. 14.

de doli mali et metus exceptione:[6]) metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione. Man hat aus dieser Stelle vielfach herausgelesen, die exceptio doli sei von Cassius aufgestellt worden; richtiger dürfte es sein, sie so aufzufassen, dass Cassius von der Einführung einer besonderen exceptio metus abgesehen habe, da er die bereits im Gebrauche stehende exceptio doli für hinreichend hielt.[7]) Für uns ergibt sich daraus das Resultat, dass actio und exceptio, wenn nicht gleichzeitig, so doch bald nach einander zur Entstehung gelangt sind, dass bei beiden Rechtsbehelfen der Dolusbegriff ursprünglich derselbe sein musste.

Mag also die exceptio doli auf die Zeit des Aquilius Gallus selbst oder auf die bald hernach folgende zurückzuführen sein, jedenfalls war sie anfangs nichts anderes als die Geltendmachung des nämlichen Rechtsbegriffes, der auch in der actio de dolo zur Anwendung kam, als die Einwendung, die Klage sei bewusst rechtswidrig, der Kläger wolle mit seinem Klagen einen bewusst rechtswidrigen Erfolg: palam est, hanc exceptionem ex eadem causa propositam, ex qua causa proposita est de dolo malo actio.[8])

Ein Unterschied zwischen actio und exceptio ergab sich nun aber daraus, dass die actio bloss subsidiäre Geltung bekam: si de his rebus alia actio non erit, während die exceptio mit andern Exceptionen konkurrieren konnte. Als Grund der subsidiären Natur der actio de dolo führt Ulpian, unser erster Gewährsmann auf diesem Gebiete, an, dass ihr infamierende Wirkung beigelegt wurde, und meint, mit Recht habe der Prätor nur für den Fall diese actio versprochen, da keine andere zustehe, denn eine famosa actio solle man nicht leichtsinnig bewilligen.[9]) Die exceptio doli infamierte nicht und konnte darum von vorneherein ein weiteres Anwendungsfeld beanspruchen.

---

[6]) Dig. 44. 4. 4. 33.

[7]) Hänel im Archiv für civ. Praxis Bd 12 S. 411.

[8]) Dig. 44. 4. 2. pr.

[9]) Dig. 4. 3. 1. 4.

Die actio de dolo blieb infolge ihrer Subsidiarität allerdings beschränkt auf die Fälle, da keine andere Klage zustand, das scheint aber, wenigstens anfänglich, in der Hauptsache nur der Fall des Betrugs gewesen zu sein, und so kam es, dass die actio de dolo oft einfach als Betrugsklage aufgefasst wurde, während die exceptio doli, in welcher der volle Dolusbegriff wirkte, sich darstellte als das geeignete Verteidigungsmittel um einem Kläger entgegenzuhalten, aus seiner Klage rede eine rechtswidrige Absicht, und ein solches Verhalten lag ja immer vor, wenn der Kläger inne werden musste, seinem Klagerecht stehe ein Exceptionsrecht gegenüber, das die Abweisung der Klage bedinge, sei es, dass sich dies schon beim Entstehen des Rechtsverhältnisses, aus dem er klagte, so verhielt, sei es, dass es ihm nachträglich, sogar erst im Prozesse, zum Bewusstsein kam; denn die Formel der exceptio lautete: si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat,[10]) und die exceptio stand daher jeder Klage entgegen, die erhoben wurde, trotzdem der Kläger aus irgend einem Grunde sich sagen musste, er sollte rechtmässiger Weise abgewiesen werden: et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit.[11])

So kam es, dass die exceptio doli die Funktion sämtlicher exceptiones in factum übernahm, dass sie die generelle exceptio wurde, in der alle anderen enthalten waren, und dass das Einfügen der exceptio doli in der formula genügte, um den judex anzuweisen, noch in judicio auf alle Einwendungen des Beklagten einzutreten, dass die Erbittung einer der speziellen Exceptionen bei der stricti judicii actio und das Vorschützen einer solchen bei den bonae fidei actiones überflüssig wurde.

Also nicht die Erweiterung des Dolusbegriffes bei der exceptio hat dieser ein weiteres Anwendungsfeld gegenüber der actio gebracht, sondern umgekehrt hat die actio infolge ihrer infamierenden Wirkung eine Einschränkung erfahren.

---

[10]) Vgl. Pernice, Labeo II. Aufl., Bd II Abt. I S. 233.

[11]) Dig. 44. 4. 2. 5.

Mit andern Worten: der Dolusbegriff in der exceptio ist der ursprüngliche und zweitens: es gibt im römischen Rechte nicht zwei exceptiones doli, eine specialis und eine generalis, wie auch die Quellen einen solchen Unterschied nirgends machen, wohl aber ist die exceptio doli ihrer Natur nach die generelle exceptio.

Und ihre Bedeutung in Rom war darum in erster Linie eine prozessuale: wenn sie in die formula aufgenommen war, konnte der Beklagte in judicio noch jede Verteidigung vorbringen, welche unter den Gesichtspunkt der exceptio doli fiel,[12]) und im bonae fidei judicium durfte der Beklagte jeden solchen Einwand geltend machen, obgleich die formula gar keine exceptio enthalten hatte, weil hier die Berücksichtigung des dolus schon in der Weisung: quidquid dare facere oportet ex fide bona, enthalten war, weil, wie die Quellen sich ausdrücken, doli exceptio bonae fidei judiciis inest.[13])

Diese generelle Bedeutung musste der exceptio eine zweite Funktion bringen und zwar nicht bloss eine prozessuale, sondern eine solche, die sie zu einem wichtigen Bestandteile des materiellen Rechtes machte.

Die exceptio doli war der Einwand, mit welcher der Beklagte dem Kläger vorhielt: du willst etwas Unrechtes, daher musste ihr Geltungsbereich ja ein anderer werden mit jeder Veränderung des Rechtsbegriffes selbst, daher war sie von vorneherein bestimmt, jeden Schritt der Rechtsentwicklung mitzumachen. Und diese Entwicklung hat nun bekanntlich darin bestanden, dass das jus aequum, das von der bona fides beherrschte Billigkeitsrecht, gegenüber den strengen Formen des jus strictum sich entfaltete. Das jus aequum trat neben das jus civile als zweites Recht, die Gebote der aequitas und bona fides stellten sich neben die Gebote des jus, aequitas und bona fides selbst wird Recht, mit rechtlichem Zwang ausgestattete Ordnung der Lebensverhältnisse, und dolus, das rechtswidrige Wollen, ist nun nicht mehr allein der Gegensatz von jus, sondern ebenso von aequitas und bona fides, die

---

[12]) Vgl. Windscheid Pand. I § 47 N. 7.

[13]) Dig. 30. 84. 5. Dig. 24. 3. 21.

exceptio doli wird zum Einwand, deine Klage verstösst gegen die aequitas und bona fides; die Absicht, ob auch dem jus strictum entsprechend, wird rechtswidrig, wenn sie gegen aequitas und bona fides verstösst. Und da es nun offenbar das Natürliche ist, dass die Grundsätze von aequitas und bona fides sich zuerst Eingang verschafften, um den gegen sie verstossenden, wenn auch im jus strictum begründeten Anspruch abzuwehren, dass sich somit diese Grundsätze durch die Verteidigung, nicht durch den Angriff hauptsächlich im Rechte einbürgerten, so war die exceptio doli, welche die Fähigkeit hatte, aequitas und bona fides zur Geltung zu bringen, deren vornehmstes Kampfmittel im Streite gegen das jus strictum und geeignet ihnen zum Siege zu verhelfen: ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.[14])

Also wiederum nicht durch eine Erweiterung des Dolusbegriffes, sondern durch eine solche des Rechtsbegriffes hat sich auch diese Verschiebung des Geltungsbereiches der exceptio doli vollzogen.[15])

Nach dem Geltungsbereich der exceptio doli im Gebiet der Verträge des römischen Rechts zu forschen, bedeutet daher nichts anderes, als die oben gestellte Frage aufwerfen: inwiefern in dieser Materie die Anwendung der Begriffe aequitas und bona fides das Rechtsleben beeinflusste. Suchen wir die uns aus jenem Gebiet überlieferten Anwendungsfälle der exceptio doli, so weit sie deren materiellrechtliche Bedeutung zum Ausdruck bringen, zu gruppieren und zusammenzufassen, so können wir sie wohl am besten unter drei Gesichtspunkte bringen: sie erscheinen uns einmal als die Waffe, um das Verlangen des Klägers abzuwehren, das zwar formell begründet wäre, das aber im Widerspruche steht zu einem vom Kläger dem Beklagten gegenüber irgendwie geäusserten Willen, zweitens als das Mittel, dem Begehren auf Erfüllung eines vertraglichen Anspruchs mit Erfolg entgegen zu halten,

---

[14]) Dig. 44. 4. 1. 1.

[15]) Vgl. allerdings Pernice, a. a. O. S. 231 ff.

dass ein materielles Interesse an der Erfüllung nicht bestehe, und endlich als die Abwehr des Beklagten gegenüber einem Kläger, der den zweideutigen Vertragsinhalt zu seinen Gunsten ausnützen möchte, indem er ihm eine aussergewöhnliche und darum für den Beklagten unbillige Deutung gibt.

Die Veranschaulichung dieser Sätze durch einzelne typische Quellenbelege möge den Ersatz bilden für den strikten Nachweis an Hand einer erschöpfenden Aufzählung der einschlägigen Fragmente, um so eher, als wir dieser Mühe durch die Arbeit Wendts überhoben sind.[16]) In dieser dreifachen Anwendung hat die exceptio doli ihre rechtsbildende Aufgabe erfüllt und sich neben ihrer prozessualen eine für das materielle Recht entscheidende Bedeutung geschaffen.

In der ersten Funktion tritt uns zunächst der Fall entgegen, da gegenüber einer formellen Abmachung eine daneben bestehende formlose Parteiabrede zur Anerkennung gebracht wird: wenn aequitas und bona fides den Schutz des Parteiwillens verlangte, so musste bei der Doluseinrede jede Uebereinkunft, auch die formlose, genügen: Hatte ich mir durch stipulatio eine bestimmte Summe pure versprechen lassen, nachher aber durch pactum mit meinem Gegenkontrahenten vereinbart, ich werde das Geld nicht vor einem bestimmten Tage einfordern, so soll mir, wenn ich vor jenem Termin vorgehe, die doli exceptio entgegenstehen: dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest;[17]) ist dolus der Verstoss gegen aequitas und bona fides und verlangen diese das Halten des gegebenen Wortes, so ist auch hier die Zuständigkeit der exceptio doli gegeben.

Da aber der exceptio doli die Kraft beigemessen wurde, ein nudum pactum gegenüber der stipulatio zur Geltung zu bringen, so musste der gleiche Gedanke auch dazu führen, einer Willenseinigung, die zwar vorhanden war, der aber die ausdrückliche Erklärung fehlte, rechtliche Wirkung zu ver-

---

[16]) Vgl. auch Hänel, S. 419 ff. Römer Ztsch. für das ges. Handelsrecht, Bd 20, S. 56 f. Pernice a. a. O. S. 236 ff.

[17]) Dig. 44. 4. 2. 4.

schaffen; mit andern Worten: die tacita conventio zu schützen: der Wollende kann seinem Willen nicht bloss durch geschriebenes und gesprochenes Wort, sondern ebenso durch sein sonstiges Verhalten Ausdruck verleihen; und wenn das Verhalten den Willen erklären lässt, hat diese Aeusserung dieselbe Wirkung wie die ausdrückliche Erklärung in Worten: wenn der Darlehensempfänger 6 % jährliche Zinsen versprochen, lange Jahre hindurch aber weniger bezahlt hatte, so soll der Erbe des Darlehensgläubigers hinterher nicht die Differenz verlangen dürfen, denn hatte der Creditor selbst so lange geringere Zahlung angenommen, ohne den Schuldner je in Verzug zu setzen, so hat er damit den Verzicht auf die Differenz erklärt, und der Erbe, auf welchen bloss die Rechte übergehen, so wie sie der Erblasser besass, kann auf jenen Erlass nicht mehr zurückkommen.[18])

In zweiter Linie, als das Mittel, dem Begehren auf Erfüllung eines vertraglichen Anspruchs mit Erfolg entgegenzuhalten, es mangle dem Kläger ein materielles Interesse an der Erfüllung, kann die exceptio doli dem Einwand dienen, der Kläger sei, allerdings auf andere Weise als durch strikte Erfüllung der Vertragspflicht, befriedigt worden, der Berechtigte habe erhalten, was ihm gebühre; und wenn er auch nicht unmittelbar, durch Erfüllung der Obligation befriedigt, wenn auch sein Recht ihm nur indirekt zugeführt sei, so könne er sich billigerweise doch nicht beschweren.[19])

So haben die Schüler des Proculus die Hingabe an Zahlungsstatt angesehen, und darum dem Schuldner die exceptio gewährt, während allerdings die Sabinianer, nach dem Berichte des Gaius,[20]) annahmen, eine solche Leistung liberiere ipso iure. Hieher gehört ferner der in den Quellen oft erwähnte Fall, wo dem Berechtigten durch eine andere Person als den Verpflichteten geleistet wurde. So Marcian:[21]) nachdem der Creditor mit der actio hypothecaria vom Besitzer der Pfand-

---

[18]) Dig. 22. 1. 13. pr.

[19]) Pernice a. a. O. S. 245.

[20]) III 168.

[21]) 20. 6. 8. 9. vgl. Pernice a. a. O. S. 245 Nr. 3.

sache die litis aestimatio eingetrieben habe, so solle ihm, wenn er ausserdem noch gegen den Schuldner die Forderung geltend machen wolle, die exceptio doli entgegenstehen. Weiter ist namentlich dahin zu ziehen die Anwendung der exceptio, die Gaius zu Anfang seiner Ausführungen über die exceptiones erwähnt,[22]) als Abwehr gegen den Anspruch aus dem formell ordnungsgemäss vollzogenen Rechtsgeschäfte, dem die materielle causa mangelt, insonderheit die exceptio aus dem sine causa stipulari; Paulus[23]) hat die Regel, dass die exceptio hier gelten solle, ganz allgemein gefasst. Der Gedanke ist eben der: ist die causa des Geschäftes nicht vorhanden oder entfallen, so fehlt die Gegenleistung meines Kontrahenten, und da ich ihm eine unentgeltliche Zuwendung nicht machen wollte, wäre es Unrecht, wenn es bei meiner Verpflichtung bliebe; was angriffsweise mit den Kondiktionen zu erreichen ist, gewährt hier in der Verteidigung die exceptio doli.

In diesem gleichen Sinne ist auch die exceptio aufzufassen, die Ulpian[24]) in folgendem Falle gibt: ich habe Dir eine Summe Geldes übergeben in der Absicht, es Dir zu schenken; Du empfingst sie als Darlehen; somit ist weder eine Schenkung noch ein Darlehen zustande gekommen, und Du unterliegst daher meiner Rückforderungsklage; hast Du aber das Geld bereits verbraucht, so soll Dich die exceptio doli schützen; quia ex voluntate dantis nummi sunt consumpti. Ulpian motiviert nicht, wie wir einen solchen Entscheid zu begründen versucht wären: da Du das Geld gutgläubig empfingst, haftest Du nur für die Bereicherung, und weil das Geld nicht mehr vorhanden ist, bist Du nicht mehr bereichert; sondern sein Gedankengang ist der: weil Du das Geld, wenn auch unbewusst, meinem Willen gemäss verbrauchtest, — da ich es Dir schenken, also nie zurückfordern wollte — fehlt mir nun das Interesse an der Rückforderung.

Eine wesentlich andere Bestimmung erfüllte die exceptio in der letzten ihrer drei erwähnten Funktionen, als die Ab-

---

[22]) IV 116.

[23]) Dig. 44. 4. 8. pr.

[24]) Dig. 12. 1. 18. pr.

wehr des Beklagten gegenüber einem Kläger, der den zweideutigen Vertragsinhalt zu seinen Gunsten ausnützen möchte, indem er ihm eine aussergewöhnliche und darum für den Beklagten unbillige Deutung gibt. Hier bot sie die Möglichkeit zu verhüten, dass die eine Vertragspartei einen zwar von den Kontrahenten beidseitig, aber undeutlich erklärten Vertragsinhalt einseitig zu ihren Gunsten wende, und wurde infolge dessen das Mittel für den Richter, einen solchen Vertragsinhalt so zu präzisieren, dass ihm beide Parteien unterworfen werden dürfen, ohne dass einer von ihnen sich zu beschweren Anlass hat.

Drei Möglichkeiten sind hier denkbar. Entweder es steht fest, welches der wirkliche, aber allerdings zum undeutlichen Ausdruck gelangte Willen der Parteien sei und dass dieser Wille in der Tat ein übereinstimmender war; dann wird es einer weiteren Präzision nicht mehr bedürfen, und dieser Fall scheidet für uns von vorneherein aus; oder zweitens, es lässt sich feststellen, dass die Parteien mit ihren gleichlautenden, aber unvollkommenen Erklärungen etwas anderes meinten, dass es also am Consens fehlt und ein Vertrag überhaupt nicht entstanden ist. Auch dieser Fall kommt daher für uns nicht in Betracht. Oder endlich drittens, es bieten sich keine Anhaltspunkte dafür, was jede Partei seinerzeit bei Vertragsschluss mit ihrer Erklärung wollte, jetzt aber, da es zum Streite kommt, gibt jede der ihrigen eine andere Deutung. Hier gewährt nun die exceptio doli dem Richter das Mittel, den Kläger daran zu hindern, dass er der Erklärung einen Sinn beilege, mit dem der Beklagte nicht einverstanden zu sein braucht, und sie weist ihn an, jene Erklärung selbst zu deuten auf eine Art, die von beiden Kontrahenten billig verlangt werden kann. Und diese Deutung hat nach dem Grundsatz zu geschehen, dass beide Kontrahenten sich darauf verlassen dürfen, jeder von ihnen habe mit seiner Erklärung, möge sie in Wort oder konkludentem Verhalten bestehen, das ausdrücken wollen, was jeder normale Mensch mit einer solchen Erklärung auszudrücken pflegt. Der Erklärende soll bei seinem Verhalten und Erklären behaftet werden können

und sich nicht darauf zu berufen vermögen, dass dieses Verhalten und Erklären einer andern als der gewöhnlichen Deutung bedürftig war. Der Gegenkontrahent soll sich darauf verlassen dürfen, dass sein Partner mit seinem Verhalten und Erklären das kund zu tun beabsichtige, was auch die Anderen mit solchem Verhalten und Erklären kund tun wollen; denn wer ein Anderer sein will als die Uebrigen, also anders ist, als er scheint, muss dies ausdrücklich erklären oder aber sich gefallen lassen, dass man ihn so behandle, wie wenn er wirklich wäre, was er scheint; denn der Verkehr der Menschen — hier zeigt sich die Wirkung der aequitas und bona fides in dieser Funktion der exceptio — bedarf eines gewissen Masses der Aufrichtigkeit, Redlichkeit und Treue, das von jedermann gefordert werden muss, und was von jedem verlangt werden kann, ist das, dass er sich seinem Gegenkontrahenten gegenüber so erkläre, dass dieser weiss, woran er ist, und dass daher derjenige, der Besonderes will, dafür sorge, dass sein Vertragsgegner dies merke; widrigenfalls dieser ihn behandeln darf, wie wenn er Besonderes nicht gewollt hätte; und in gleicher Weise soll der Erklärende selbst sich darauf verlassen dürfen, dass seine Erklärung in ihrer üblichen Bedeutung vom Gegner aufgefasst, dass ihr der Sinn beigelegt werde, den man normalerweise solchen Worten beizulegen pflegt.

Aus diesem Gedanken geben die römischen Juristen dem Beklagten die exceptio doli, wenn der Kläger den Anspruch gründet auf eine Deutung des ehemaligen Erklärens und Verhaltens, die nicht die gewöhnliche, nicht diejenige ist, welche die andern Menschen ihrem Erklären und Verhalten geben, und das selbst dann, wenn diese Deutung dem strengen Wortlaute der Erklärung eher entsprechen würde.

Von den vielen uns überlieferten Entscheidungen nur einige:

Wenn der Darlehensgeber noch nicht verfallene Zinsen annimmt, so soll ihm dies als Stundung der Darlehensrückgabe für diese Zinsperiode ausgelegt werden: tacite enim videtur convenisse interim se non petiturum; trotzdem es ganz unsicher ist, in welcher Absicht er die Zinsen acceptierte, trotz-

dem es nur scheint, als habe er gestundet, trotzdem der Schein der Wahrheit vielleicht nicht entspricht, wird dem Kläger sein Verhalten dem Scheine gemäss gedeutet.[25])

Dem Pomponius wurde folgende Frage vorgelegt: [26]) Wenn wir auf einen Schiedsrichter kompromittiert und für den Fall, dass einer vor ihm nicht erscheine, eine Strafe stipuliert hatten, und wenn ich nun durch Krankheit am Erscheinen verhindert werde, soll ich dann der Strafe verfallen sein? Pomponius hat die Frage verneint und gegen die Klage auf Zahlung der Strafe die exceptio doli zugestanden, nicht etwa weil feststehe, dass der beiderseitige Wille bei Eingehen der Stipulation diesen Fall des Wegbleibens habe ausschliessen wollen, sondern weil der Promissor damals nicht habe vermuten müssen, dass der Stipulator der Abmachung diese weittragende Bedeutung beimessen wollte, und dass daher, weil der Stipulator das Gegenteil nicht ausdrücklich betonte, der Promissor berechtigt war, anzunehmen, die Strafe sei nur für den Fall des verschuldeten Wegbleibens vereinbart worden.

Dann eine von Javolen[27]) stammende Entscheidung. Beim Kaufe über ein Grundstück wurde abgemacht, dass der Käufer bis zur völligen Abtragung des Kaufpreises das Kaufobjekt gegen einen bestimmten jährlich vorauszahlbaren Zins in Miete bekommen solle; wenn aber nun der Kaufschilling vor Ablauf des ersten Jahres bezahlt wird, bleibt dann die bereits entrichtete Zinsrate dem Verkäufer verfallen oder darf der Käufer den Teil, welcher der Zeit von der Zahlung des Kaufpreises bis zum Ablauf des Mietjahres entspricht, in Abzug bringen und dem Verkäufer, wenn er den Rest verlangt, die exceptio doli entgegen halten? Javolen bejaht die Frage: bona fides exigit ut quod convenit fiat, sed non amplius praestat is venditori quam pro portione ejus temporis quo pecunia numerata non esset; die bona fides verlangt unter allen Umständen Halten des vertraglich gegebenen Wortes, aber im

---

[25]) Dig. 44. 4. 2. 6.
[26]) 44. 4. 4. 2.
[27]) Dig. 19. 2. 21.

vorliegenden Falle darf der Käufer doch den Zins von der Zahlung des Kaufpreises bis zum Ablauf des Mietjahres in Abzug bringen, offenbar deswegen, weil er vertraglich nur so viel schuldig war, denn der Vertrag wird ja eben aufrecht erhalten; zu mehr ist er aber vertraglich deshalb nicht verpflichtet, weil eine weitergehende Bedeutung der Parteierklärung normalerweise nicht beigelegt werden kann; hätte der Verkäufer jene aussergewöhnliche Bedeutung zur Geltung bringen wollen, so hätte er sich ausdrücklich in seiner Erklärung hierüber äussern müssen, und wenn er das unterliess, so ist es zu halten, wie wenn die Erklärung in ihrer normalen Bedeutung, so wie es beim Durchschnitt der Menschen der Brauch ist, wirklich gewollt wäre.

Ganz allgemein endlich drückt Paulus[28]) den nämlichen Gedanken aus: tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio; wo ein Rechtsverhältnis zur Entscheidung liegt, das von der bona fides beherrscht wird, also auch da, wo die exceptio doli in Wirksamkeit tritt,[29]) soll der Richter den Inhalt des Rechtsverhältnisses auf den bestimmten Fall hin so ergänzen, dass das Resultat das gleiche ist, wie wenn die Parteien den Fall selbst geregelt hätten; und diese Ergänzung kann er nicht anders treffen, als dass er sich fragt, wie die Parteien bestimmt haben würden, wenn sie normal, wie anständige Leute, nach den Grundsätzen der bona fides gehandelt hätten. Gerade dieser letzte Gedanke tritt wohl am deutlichsten in einer Entscheidung des Venulejus[30]) hervor: Wenn ich versprochen habe, in Ephesus eine Zahlung zu leisten, so habe ich hiezu so lange Zeit, als ein ordentlicher Hausvater zur Reise dorthin benötigt, ich brauche weder bei Tag und Nacht, Wetter und Sturm meinen Weg fortzusetzen, noch darf ich allerdings allzu gemächlich wandern, sondern so soll ich reisen, wie zu dieser Jahreszeit, in diesem Alter,

---

[28]) Dig. 3. 5. 7.

[29]) Vgl. Römer S. 52.

[30]) Dig. 45. 1. 137. 2 ähnlich § 3.

mit dieser Gesundheit, überhaupt unter diesen Umständen die meisten Leute, wenn sie sich einigermassen beeilen, hingelangen könnten. Trotzdem nach dem Wortlaute eine pure abgegebene Erklärung vorliegt, soll nach dem Sinne des Vertrags eine angemessene Frist dennoch zugestanden werden.

So hat die exceptio doli als das Mittel, den Willen gegenüber dem Wort, das Wesen gegenüber der Form zur Geltung zu bringen, in der Geschichte des römischen Rechts in erster Linie dazu beigetragen, den Uebergang vom formellen zum formlosen Geschäft, vom Haften am Worte zur Herrschaft des Gedankens, vom Formalismus zur geistigen Erfassung des Rechts zu vermitteln. Immer aber, auch in ihrer weitest gehenden Funktion, da sie den Richter ergänzend eintreten lässt, wo der Parteiwille versagt, immer macht sie Halt vor dem wirklich erkannten Parteiwillen; nicht abzuändern, sondern bloss zu präzisieren vermag sie den Inhalt des Rechtsverhältnisses; denn nicht eine Berichtigung, sondern bloss eine Ergänzung des Parteiwillens verlangt bisweilen die bona fides, die Vertragstreue: nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari quod inter contrahentes actum est.[31])

Inwieweit ist nun der Gedanke der exceptio doli in unserm heutigen Vertragsrechte noch fruchtbar? Dass die prozessuale Funktion der exceptio als des generellen, die speziellen Exceptionen vertretenden Verteidigungsmittels bedeutungslos geworden ist, bedarf wohl keiner weitern Ausführung, und dass die heute oft auch als exceptio doli (specialis) bezeichnete moderne Einrede des Betrugs hier nicht in Frage steht, ergibt sich aus dem Gesagten ebenfalls von selbst. Aber auch in den beiden ersten der drei erwähnten Anwendungsarten, als das Mittel, den formlos erklärten Parteiwillen und die materielle causa gegenüber der äussern Form zu schützen, ist sie heute überflüssig geworden, da diese Momente heute, nicht wie in Rom aus dem allgemeinen Prinzip der aequitas und bona fides abgeleitet werden müssen, sondern kraft positiven Rechtssatzes, gleichsam ipso jure, wirken; die Formlosigkeit

---

[31]) Dig. 19. 1. 11. 1.

der Verträge ist grundsätzlich anerkannt und da, wo aus besondern legislativen Gründen für das Zustandekommen eines bestimmten Rechtsgeschäftes eine Form vom Gesetze vorgeschrieben ist, wird ebenfalls laut gesetzlicher Vorschrift die Modifikation und Aufhebung des Rechtsverhältnisses an dieselbe Form gebunden; und desgleichen verlangt die positive Rechtsvorschrift nunmehr die Beachtung der materiellen causa gegenüber der Form, wird einer Vermögensverschiebung, welche des rechtlichen Interesses ermangelt, ausdrücklich der rechtliche Schutz versagt.

Falsch ist es daher, wenn man sich heutzutage, statt auf diese positiven Gesetzesbestimmungen, auf jenes allgemeine Prinzip der aequitas und bona fides, also auf die exceptio doli beruft, wie es wohl aus einer gewissen Bequemlichkeit in der Praxis oft geschieht. Falsch war es daher, wenn in einem Urteile des Reichsgerichts der Einwand des Acceptanten gegenüber dem Trassanten, es handle sich um einen Gefälligkeitswechsel, als exceptio doli zugelassen wurde;[32]) falsch, wenn man es als exceptio doli bezeichnet, dass der beklagte Acceptant dem klagenden Aussteller gegenüber einwendet, der Wechsel sei behufs Deckung einer gemeinschaftlichen Societätsschuld ausgestellt und acceptiert worden,[33]) denn in beiden Fällen kennzeichnete sich die Verteidigung als eine Einrede aus dem zwischen den Parteien bestehenden besonderen Rechtsverhältnisse und war daher auf Grund positiver Vorschrift[34]) zu hören. Die gleiche irrtümliche Anwendung der exceptio doli, wie in jenen wechselrechtlichen Fragen,[35]) liesse sich übrigens auch in manchen Urteilen aus andern Gebieten des Rechts nachweisen.

---

[32]) Seuffert Archiv 31 Nr. 99.

[33]) Reichsoberhandelsgericht VI S. 1 ff., ähnlich Seuffert, Archiv 51 Nr. 130. Richtig ist also u. E. das von Wendt S. 158 angefochtene Urteil des Reichsgerichts.

[34]) Wechselordnung 82.

[35]) Die von Wendt S. 279 ff. behandelten Fälle gehören nicht hierher, da sie sich u. E. als Anwendungen der dritten Funktion der exc. doli darstellen.

Es mag jedoch auch hier wieder auf Wendt verwiesen werden, der eine Reihe solch missbräuchlicher Berufungen auf exceptio doli bekämpft. Da indessen auch Wendt in manchen Fällen, die diesen Gruppen angehören, eine Heranziehung des allgemeinen Prinzips von Treu und Glauben für das einzige Mittel hält, eine befriedigende Entscheidung zu finden, wo wir vom Standpunkte unseres geltenden Vertragsrechtes aus spezielle und positive Sätze anzuwenden haben, so muss hier auf die von Wendt gebrachten Beispiele, soweit sie das Gebiet des Vertragsrechts betreffen, eingetreten werden; doch soll davon ausscheiden, was unsrer Ansicht nach zu den Fällen gehört, wo auch wir, wenn gleich z. T. mit abweichender Begründung, gemäss den spätern Ausführungen die Wirksamkeit der exceptio doli anerkennen.[36]) Zeigt sich dann, dass für uns diese Beispiele der Unterstellung unter exceptio doli nicht bedürfen, so wird angesichts der erschöpfenden Zusammenstellung Wendts zugleich dargetan sein, dass wir dieses Mittels in den beiden ersten Funktionen überhaupt entbehren können.

Auf S. 218 ff. trägt Wendt einige Urteile vor, die auf Grund der exceptio doli den Anspruch abweisen, weil das eigene Verhalten des Ansprechers dem Vorwurfe eines Verstosses gegen Treu und Glauben ausgesetzt sei; zunächst Nr. 208 im 16. Band von Seufferts Archiv: die Parteien hatten bei Gelegenheit von Truppendurchzügen eine Verabredung getroffen, wonach der Kläger die Soldaten, die dem Hause der Beklagten zur Einquartierung zugeteilt werden sollten, gegen bestimmte Vergütung zu übernehmen hatte; als ihm aber eines Tages 80 Soldaten zugeführt wurden, verweigerte der Kläger deren Aufnahme, die Beklagte brachte sie anderswo unter, nachträglich begehrte der Kläger dennoch die Soldaten aufzunehmen und klagte, weil diesem Verlangen nicht entsprochen worden war, auf Schadenersatz; er wurde abgewiesen, da sein eigenes Verhalten für den Beklagten die exceptio doli generalis rechtfertige. Wir würden durch Anwendung der Grundsätze

[36]) Z. B. S. 219 Nr. 4, S. 220 Nr. 6, S. 258, S. 262.

über Rücktritt vom Vertrag wegen Verzugs der Gegenpartei ohne weiteres zu demselben Resultat gelangen; gleich verhält es sich im zweiten von Wendt berichteten Falle. Weiter billigt Wendt die Entscheidung, wonach dem Kläger, der dem Beklagten Herstellung einer Arbeit bis zu bestimmtem Tage unter Verabredung einer Konventionalstrafe versprochen hatte, gegen den Anspruch auf Bezahlung der letzteren die exceptio doli gewährt wurde, weil es am Kläger gelegen habe, dass die Leistung nicht rechtzeitig erfüllt werden konnte, während für uns natürlich Obligationenrecht Art. 181 massgebend wäre. Einen Fall, wo nach Obligationenrecht auf Grund des Art. 95, nicht aber unter Gutheissung einer exceptio doli der Kläger abzuweisen ist, enthält die von Wendt angezogene Entscheidung des Reichsgerichts I Nr. 71. Der Versicherer berief sich darauf, dass der Anspruch infolge von Nichtzahlung der Prämie erloschen sei; der Kläger aber behauptete, der Versicherer habe selbst die Nichtzahlung verschuldet, weil er sich geweigert habe, ihm, als er zahlen wollte, die Quittung zu verabfolgen, ohne deren Aushändigung er zur Zahlung nicht verpflichtet war; für uns liegt die Sache doch so: der Versicherungsnehmer musste nur zahlen gegen Quittung, er durfte daher seine Leistung zurückhalten, bis ihm der Versicherer seinerseits Erfüllung anbot, er war also nicht im Verzuge und hatte seinen Anspruch auf die Versicherungssumme noch nicht verwirkt.

Durch Art. 168 Abs. III O. R. für uns erledigt ist die von Wendt verteidigte Anwendung der exceptio doli, durch welche in einem Spruche des Reichsgerichts[37]) der Grundsatz verwirklicht wurde, dass der regressberechtigte Solidarschuldner, der den Gläubiger befriedigte, von diesem die Abtretung des vom regresspflichtigen Mitschuldner bestellten Pfandrechts verlangen darf. Die Frage ferner, die Wendt[38]) über die heutige Aufgabe der exceptio doli, formlose Nebenverträge gegenüber formellen Kontrakten zur Geltung zu bringen, aufwirft, ist bei

---

[37]) Bd 28 Nr. 43.

[38]) S. 269.

uns in Art. 11 O. R. positiv geregelt, währenddem allerdings zuzugeben ist, dass für das Gebiet des deutschen Reichsrechts andere Verhältnisse vorliegen. Endlich sind in unserm Rechte, dank der Regelung der Bürgschaft durch O. R., ebenfalls gegenstandslos geworden die Bedenken Wendts[39]) in Bezug auf die Einwendungen des Hauptschuldners gegen den Regress des Bürgen.

Weitere Belege, welche die Notwendigkeit einer exceptio doli in diesen beiden Anwendungsarten für das Vertragsrecht erhärten sollten, produziert auch Wendt nicht, und so dürfte denn in der Tat der oben versprochene Nachweis erbracht sein.

Wie verhält es sich aber mit der dritten Funktion der exceptio, steht auch heute noch dem Richter die Befugnis zu, in der geschilderten Weise nötigenfalls den Vertragsinhalt zu ergänzen und zu präzisieren? und wenn er sie besitzt, ist sie ihm verliehen kraft positiven Rechtssatzes oder kraft eines nicht gesetzlich anerkannten, aber doch vorhandenen Prinzips des redlichen Verkehrs, der bona fides?

Unser geltendes Vertragsrecht steht bekanntlich insofern auf dem Standpunkte der Willenstheorie, als ein Vertrag nicht zu Stande kommt ohne Uebereinstimmung des Willens beider Kontrahenten; liegt auch eine übereinstimmende Erklärung vor, so entsteht keine vertragliche Bindung, wenn jene sich nicht gründet auf den übereinstimmenden Parteiwillen; kann daher der eine Kontrahent nachweisen, dass die zwar vorliegende übereinstimmende Erklärung von jedem in verschiedenem Sinne gemeint war, so fehlt es an einem Erfordernis zum Zustandekommen des Vertrags.

Wie aber, wenn die Erklärung keine klare und vollkommene war, wenn sie nicht alle möglicherweise vorkommenden tatsächlichen Verhältnisse zum voraus geregelt hat, wenn nun ein nicht vorhergesehener Sachverhalt eintritt und dann ungewiss ist, ob für diesen Fall Consens oder Dissens vorliegt, ob die Parteien diesen Fall gleich oder verschieden geregelt, ob sie die Abmachung auf diesen Fall überhaupt angewandt wissen wollten? Ein zwingender Grund für die tatsächliche

[39]) S. 320 ff.

Feststellung des wirklichen Wollens in diesem oder jenem Sinne wird in den wenigsten Fällen vorhanden sein, denn wie sollten im allgemeinen Gedanken, die unausgesprochen blieben, sich nachträglich nachweisen lassen? Eine Entscheidung muss aber getroffen werden, denn es ist nötig festzustellen, ob und wie die Abmachung Geltung habe, doch fehlt im Schweizerischen Obligationenrecht ein Satz, der hier als Regel dienen könnte.[40])

Hier liegt nun in der Tat das Gebiet, wo die ungeschriebenen Sätze der bona fides heute noch wirksam bleiben, wo die exceptio doli heute noch fruchtbar ist in ihrer Funktion, den Anspruch abzuwehren, der sich gründet auf eine Deutung des unvollkommenen Vertragsinhalts, welche nicht die gewöhnliche, nicht die vom Gegenkontrahenten zu erwartende war, und sollte sie vielleicht selbst mit dem strengen Wortlaute übereinstimmen. Hier sucht sich der Richter seine Weisung nicht in der positiven Satzung, sondern nimmt, genötigt durch die Zwecke allen Rechtes, dem Verkehr der Menschen zu dienen, seine Zuflucht dahin, wo schon der römische Judex sie fand, zu der Anschauung des Verkehrs, zu der Meinung derer, die als anständige und rechtliche Leute anerkannt sind; was jene, die der gleichen Klasse, den gleichen Kreisen wie die Parteien angehören, unter einer solchen Erklärung verstehen würden, das wird vom Richter als Vertragsinhalt festgesetzt: eam rem ad iudicem id est virum bonum remittamus qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, ... habita ratione temporis, aetatis, sexus, valetudinis, ut eodem tempore perveniat quo plerique eiusdem conditionis homines solent pervenire. (Vergl. oben zu Anm. 30.)

Statt aller andern Beispiele nur eines, eine Entscheidung des Basler Appellationsgerichtes vom 29. Mai 1905.

Ein Privatmann, der mit einer Bank ins Kontokorrentverhältnis trat, verpfändete dieser verschiedene Wertpapiere zu Faustpfand, wie er sich ausdrückte: als Sicherheit für alle jeweiligen Forderungen der Bank an mich; die Bank liess sich nun Forderungen, die Dritte an jenen Privatmann hatten,

[40]) Art. 2 II O. R. trifft diesen Fall selbstverständlich nicht.

cedieren und behauptete, dass ihr für jene von Dritten erworbenen Ansprüche die Wertpapiere ebenfalls als Pfand hafteten; es entstand die Frage, ob die Verpfändung für jede Forderung gelten solle, welche die Bank gegen den Verpfänder aus irgend welchem Grunde, also auch durch Cession erwerben möge, oder nur für solche, die aus dem Kontokorrentverkehr herstammten? Das Gericht hat sich für die zweite Alternative entschieden, und, im Einklang übrigens mit der reichsgerichtlichen Praxis,[41]) den Grundsatz aufgestellt, dass eine bestellte Sicherheit nicht schlechtweg auf cedierte Forderungen erstreckt werden dürfe. Dabei hat der Richter geurteilt in der Erwägung, dass jener Erklärung normalerweise, nach der Ansicht der Kreise, denen die Beteiligten angehören, diese Bedeutung beizumessen sei, nicht etwa, weil der wirkliche oder zu vermutende Wille beider Parteien dahin gegangen wäre; denn es wurde nicht untersucht, ob nicht etwa die Bank von Anfang an die Absicht hatte, in der geschilderten Weise ihr Pfandrecht auszuüben — eine Frage, die in casu kaum ohne weiteres zu verneinen war, — sondern weil es für die Bank einer ausdrücklichen Erklärung bedurft hätte, um sich wirklich zu einer so weitgehenden und aussergewöhnlichen Ausübung des Pfandrechts zu berechtigen. Hier hat der Richter gesprochen, ohne sich berufen zu können auf einen Satz des positiven Rechts, sondern nach den Geboten des anständigen Verkehrs, nach bona fides, und ähnliche Entscheidungen sind zu zahlreich, als dass sie hier erwähnt zu werden brauchten, allerdings sprechen sie meist fälschlich von Willensauslegung, von Verwirklichung des wahren Parteiwillens, statt zuzugeben, dass solche Feststellungen gar nicht möglich wären, sondern dass es sich handelt um Ergänzung des Vertragsinhaltes, nicht nach den wirklichen Intentionen der Kontrahenten, die dem Richter doch unbekannt bleiben, sondern nach bona fides.

In dieser Weise wirkt heute noch der Gedanke der bona fides, der exceptio doli im Vertragsrechte fort, und so

---

[41]) Seuffert, Archiv Bd 41 S. 391.

ist auch die anfangs erwähnte Bestimmung im Entwurfe zum schweizerischen Zivilgesetze aufzufassen, nicht als Erlaubnis an den Richter, seinem Billigkeitsgefühl und Mitleid, seinen Sympathien und Antipathien freien Spielraum zu lassen, sondern als die Weisung an ihn, den Vertragsinhalt nötigenfalls so zu ergänzen, wie die Parteien selbst ihn ergänzen würden, wenn sie handelten wie die andern Leute ihrer Art zu handeln pflegen, wenn sie sich richteten nach den Grundsätzen des anständigen Verkehrs, der bona fides, nach Treu und Glauben.

Damit ist zugleich eine für die Praxis brauchbare Formel gegeben, denn welches diese Grundsätze sind, hat der Richter wiederum nicht nach seinem subjektiven Ermessen festzustellen, sondern nach objektiven Tatsachen, nach den Anschauungen, die in den beteiligten Kreisen wirklich bestehen und die er zu eruieren hat, nötigenfalls durch Anfrage bei den Angehörigen jener Klasse oder auf andere ihm zweckdienlich scheinende Art.

Mit dem Wortlaute endlich lässt sich diese Auffassung des Art. 3 I wohl vereinen: Oberster Grundsatz von Treu und Glauben bleibt es, dass man das Wort halte, das man gegeben hat; aber die Frage, was versprochen sei, soll nicht nach den apices juris, nicht wortklauberisch und spitzfindig, sondern in der eben geschilderten Weise, nach Treu und Glauben, festgestellt werden.

So zeigt sich denn, dass jener Artikel nicht die Proklamation eines neuen Rechtsbegriffes ist, nicht die allumfassende Regel, die alle andern Rechtssätze illusorisch macht, sondern die gesetzliche Fixierung eines schon den Römern bekannten, von unserm heutigen Recht, wenn auch z. T. nicht durch positive Satzung, übernommenen und von der Rechtsprechung stets befolgten Grundsatzes. Auch dem schweizerischen Richter wird hinfort Gesetz und lex contractus eine heilige Schranke bleiben und auch im neuen schweizerischen Vertragsrechte wird Ulpian Recht behalten, der da sagt: quid enim tam congruum fidei humanae quam ea quae inter nos placuerunt servare?[42])

---

[2]) Dig. 2. 14, 1. pr.