

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)

Artikel vom 30. März 2009

© 2009 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0903schermaier.htm>

ISSN 1860-5605

Martin Schermaier, Bonn:

Eigenschaftsirrtum und Kauf: Werner Flume rechtsgeschichtlich

Inhalt

1. Flumes These
2. Flumes Deutung des error in substantia
 - a) Die Sachkategorien im Irrtumsrecht
 - b) Die psychologische Irrtumslehre
 - c) Eigenschaftsirrtum und Gewährleistung
 - d) Vereinbarung oder Voraussetzung einer bestimmten Beschaffenheit?
 - e) Ergebnis
3. Flumes Quellenbeweis
4. Geschichte als Konstruktion der modernen Dogmatik?

Am 28. Januar 2009 ist Werner Flume hundertjährig verstorben. Sein wissenschaftliches Leben spannte den Bogen von der Weimarer Republik bis in die Zeit der Schuldrechtsmodernisierung, von der „Interpolationenjagd“ bis in die Zeit, in der man die Arbeit an den Quellen zugunsten von „Rechtsgeschichten“ aufgab. Er erlebte Glanz und Niedergang der deutschen Zivilrechtswissenschaft und begleitete die deutsche Romanistik durch ihre humanistische und pandektistische Spätblüte. Seine Beiträge zur zivilrechtlichen Dogmatik hielten das Erbe der deutschen Rechtswissenschaft wach; mit untrüglichem Judiz und klaren Argumenten wies er auf Schwachstellen in Lehre, Praxis und Rechtspolitik hin. Auch als Rechtshistoriker leistete er Beachtliches; seine These vom „Rechtsaktdenken“ der römischen Juristen zeigt seine Begabung zum historischen, nicht bloß zum dogmatischen Zugriff auf die römischen Quellen. Dennoch wirken Teile seines Werks wie versteinert: früh vollendet, nie revidiert. Das gilt vor allem für seine Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum.

Vor mehr als 60 Jahren hatte Werner Flume „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ publiziert. 2
Eigentlich feierte die Schrift gar ihren 75. Geburtstag: Schon 1933, im Jahr der Machtergreifung, lag sie der Berliner Juristischen Fakultät als Habilitationsschrift vor¹. Doch Flumes Eintreten für Professoren jüdischer Herkunft und nicht zuletzt die jüdische Abstammung seines Lehrers verhinderten die Fortführung des Verfahrens². Doch auch 15 Jahre später hatte das Thema nicht an Aktualität verloren. Die Schrift wurde freundlich³, gar begeistert⁴ aufgenommen und prägte die zeitgenössische Lehre von der Sachmängelhaftung beim Kauf ganz wesentlich.

1. Flumes These

Der Hintergrund von Flumes These ist die lange umstrittene Frage, warum der Verkäufer 3
für Eigenschaften der Kaufsache einstehen muss, obwohl er (beim Speziaukauf) auch mit einer mangelhaften, der erwarteten Eigenschaft baren Sache erfüllen kann⁵. Wenn der Verkäufer nicht verpflichtet ist, die Sache mangelfrei zu leisten, warum soll der Käufer Minderung oder Wandelung begehren können? Diese Frage, so kann Flume zeigen, ist falsch gestellt: Zwar haftet der Verkäufer nicht auf Erfüllung, doch ist er verpflichtet, die Sache mangelfrei oder mit den vereinbarten Eigenschaften zu leisten. Die Verpflichtung ergibt sich aus dem Kaufvertrag, wenn und soweit er sich auf die Eigenschaften der Kaufsache bezieht – selbst dann, wenn ihr diese Eigenschaften fehlen. Scharfsinnig und klar zeigt Flume, dass der Verkäufer nicht verspricht, die Sache sei so wie vorgestellt, sondern, er würde sie so wie vorgestellt leisten. Dass der rechtliche Grund für die Regeln der Sachmängelgewährleistung auf dieser Divergenz von Soll- und Istbeschaffenheit beruht, ist seit Flume Gemeingut der deutschen Dogmatik. Mit der dogmatischen

-
- 1 So *Werner Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (urspr. Münster 1948), im Vorwort des Nachdrucks Darmstadt 1974, 9 (im Folgenden zitiert nach der Paginierung des Nachdrucks).
 - 2 Einzelheiten bei *Anna-Maria Gräfin von Lösch*, *Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch von 1933*, Tübingen 1999, 232 ff.; *Wolfgang Ernst*, *Fritz Schulz (1879-1957)*, in: *Beatson/Zimmermann (ed.s), Jurists Uprooted. German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford 2004, 105, 126 f.
 - 3 Vgl. *Leo Raape*, *Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf*, AcP 150 (1949), 491 ff. (unter häufiger Bezugnahme auf Flume).
 - 4 *Gerhard Kegel*, *Rez. in AcP 150 (1949)*, 356 ff., etwa 362: „Sie (die Arbeit) ist nicht nur um ihrer Ergebnisse willen bedeutend, sondern auch wegen ihrer Haltung“.
 - 5 Die zeitgenössischen Theorien sind zusammengestellt bei *Theodor Süß*, *Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleistung*, Leipzig 1931, 122 ff.; die wichtigsten Theorien referiert und kritisiert auch *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 71 ff. und 42 ff.
 - 6 *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 109 ff.

Begründung des „geschäftlichen Eigenschaftsirrtums“ festigte Flume⁶ auch die Lehre vom subjektiven Fehlerbegriff⁷. Nicht in Flumes Absicht lag es allerdings, mit seiner Deutung die sogenannte „Erfüllungstheorie“ zu fördern, jene Theorie also, die die Leistung einer mangelhaften Sache im Rahmen eines Spezieskaufs als Nichterfüllung einstuft⁸. In der Schuldrechtsmodernisierung setzte sich diese Theorie durch, weshalb manche heute gar fordern, der Speziesverkäufer müsse nachbessern, wenn er eine mangelhafte Sache geleistet habe⁹.

Für die Charakterisierung des Eigenschaftsirrtums allerdings brachte Flumes These keinen Fortschritt, obwohl er sie in seinem „Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts“ neuerlich vortrug und untermauerte¹⁰. Sie macht § 119 II weitgehend entbehrlich: Neben dem Verlautbarungs- und Inhaltsirrtum des § 119 I seien Eigenschaftsirrtümer nämlich nur insoweit beachtlich, als „die Kaufvereinbarung sich auf die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes bezieht“¹¹, die Eigenschaft also vereinbart und damit geschuldet ist. Flume sprach insoweit vom „geschäftlichen Eigenschaftsirrtum“¹². Dieser sei nicht deshalb beachtlich, weil eine der beiden Parteien sich über Eigenschaften (des Kaufgegenstandes) irrte, sondern deshalb, weil Rechtsgeschäft und Wirklichkeit nicht übereinstimmen¹³. Eigenschaften, die nicht Vertragsbestandteil geworden sind, könnten einen wesentlichen Irrtum nur begründen, wenn sie sich in einem Inhaltsirrtum niedergeschlagen haben. So bleiben – von Ausnahmen abgesehen – nur zwei Möglichkeiten, mit einem Irrtum des Käufers umzugehen: die Anfechtung nach § 119 I oder die Sachmängelhaftung.

Gegen diese Deutung des Irrtums- und Sachmängelrechts sprechen verschiedene Argumente: a) Zunächst spricht dagegen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung von

7 Dazu Soergel/*Ulrich Huber*, 12. Aufl. 1991, Vor § 459, Rn. 20 ff., bes. 29 ff.

8 Im Überblick Soergel/*Huber*, 12. Aufl. 1991, Vor § 459, Rn. 145 ff.

9 *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831 ff.; dagegen zurecht *Thomas Ackermann*, Erwiderung auf Canaris JZ 2003, 831, JZ 2003, 1154 f.; Schlusswort *Canaris*, JZ 2003, 1156.

10 Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Das Rechtsgeschäft, 1. Aufl. Berlin/Heidelberg/New York 1965, 415 ff.; 4. Aufl. 1998 (= unveränd. Nachdr. der 3. Aufl. 1979), 415 ff.

11 Formulierung Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 81 (und öfter).

12 Bes. Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 69 ff., 80 ff.

13 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 107: „So besteht bei dem Abweichen der Kaufsache von der vereinbarten Beschaffenheit kein Widerspruch innerhalb der Kaufvereinbarung, sondern nur ein solcher zwischen der Kaufvereinbarung und der Wirklichkeit“; *ders.*, AT (n. 10), 474 ff.

§ 119 II – wiewohl als Zweifelsregelung gedacht – von der Berücksichtigung eines einseitigen Irrtums ausgegangen ist¹⁴. Dafür, das Gesetz gegen den Willen des Gesetzgebers auszulegen, müsste es aber stärkere Gründe geben als die Begriffsverwirrungen von Rechtsprechung und Lehre. Andererseits zieht Flume daraus keine Konsequenzen, dass der sog. „Inhaltsirrtum“ nicht als Irrtum über die eigene Erklärung¹⁵, sondern als Irrtum über den „Inhalt des Rechtsgeschäfts“¹⁶ gemeint war¹⁷. Er weiß von den Überlegungen der 2. Kommission, schiebt sie aber mit der Behauptung zur Seite, jene habe „die Möglichkeit der Anfechtung wegen Irrtums gegenüber dem ersten Entwurf nicht erweitern wollen“¹⁸. Das ist, wenn man die Diskussion zu den Regelungen des 1. Entwurfs¹⁹ und vor allem die in der Vorkommission im Reichsjustizamt²⁰ kennt, unrichtig²¹. Ist aber der „Inhaltsirrtum“ in § 119 I als einseitiger Irrtum über den Inhalt des Geschäfts konzipiert, muss das auch für den Eigenschaftsirrtum gelten, der als „Irrtum über den Inhalt der Erklärung“ gilt (§ 119 II). Damit fehlt es an der gesetzlichen Begründung, den Eigenschaftsirrtum auf die Abweichung des Vertrags von der Wirklichkeit zu beschränken.

b) Dazu kommt ein Punkt, den schon *Kegel* kritisiert hatte²²: Wenn man, wie es Flume richtigerweise getan hat, Eigenschaften der Kaufsache beim Spezieskauf als vereinbar ansieht, ist es nur konsequent, auch andere Umstände des Vertragsschlusses zu „geschäftswesentlichen“²³ Merkmalen zu machen. Zwischen bloßem „Motiv“ und

14 Dafür sprechen die Formulierung von § 119 II ebenso wie (noch deutlicher) die insoweit gestellten Anträge in der 2. Kommission, vgl. Prot. I 114 und (genauer) H.H. Jakobs/W. Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 1. Teilband, Berlin/New York 1985, 632 f.

15 Vgl. etwa *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 100 ff.; AT (n. 10), 457 ff.

16 So Prot. I 109

17 Wiewohl der 2. Kommission bewusst war, dass man sie insoweit missverstehen könnte, vgl. Prot. I 114 (a.E.).

18 Vgl. *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 102.

19 Besonders die rege Diskussion auf dem 20. Deutschen Juristentag, vgl. Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages, hgg. Von dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, 4. Bd., Berlin 1889. Besonders deutlich *Rudolf Leonhard*, Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich die Beibehaltung der Vorschriften, welche der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches im Allgemeinen Theil (§§ 98-102) über den Irrthum bei Willenserklärungen aufstellt, in: Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages (wie oben), 3. Bd., Berlin 1889, 23, 73 f.

20 Die Materialien sind uns jetzt, anders als zu Flumes Zeit, einfach zugänglich durch Jakobs/Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs I/1 (n. 14), 616 ff.

21 Dazu *Martin Schermaier*, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, Wien/Köln/Weimar 2000, 645 ff. und 669 ff.

22 AcP 150 (1949) 360.

23 *Kegel* (n. 22) trug das Argument in Übereinstimmung mit Flumes These vor, „Eigenschaftsirrtum sei

vereinbarer „Eigenschaft“ lässt sich nicht unterscheiden, wenn man nur die These akzeptiert, dass auch den Vertragszweck näher kennzeichnende Umstände in die Vertragsvereinbarung eingehen können. Flumes „ontologische“ Begründung²⁴ dafür, nur Eigenschaften der Kaufsache könnten wirksam vereinbart werden, steht in der Tradition des Gemeinen Rechts²⁵. Den Einwand *Kegels* hatte bereits *Titze* vorweggenommen: zwischen Vorstellungen über den Kaufgegenstand und sogenannten „Motiven“ lasse sich wertungsmäßig kein Unterschied feststellen²⁶. Flume, der trotz aller Kritik an Zitelmann doch in der Tradition der Unterscheidung von Erklärungsirrtum und Motivirrtum stand²⁷, hielt den Unterschied zwischen Eigenschaften und anderen Vorstellungen über den Kaufgegenstand zunächst für „zu eklatant, als daß man darüber diskutieren könnte“²⁸. Erst in seinem Handbuch räumte er ein, für „die Vorstellung hinsichtlich anderer Umstände der Wirklichkeit“ gelte „das gleiche wie für die Vorstellung von den Eigenschaften“²⁹.

c) „Das Problem der Beachtlichkeit des Eigenschaftsirrtums wie des Irrtums überhaupt ist ihre Beschränkung“, formuliert *Flume* zutreffend³⁰. Die Beschränkung der Irrtumsanfechtung ist aber nicht nur eine Frage, wie man den beachtlichen Irrtum definiert. Es kommt auch darauf an, wie sich die Irrtumsregeln insgesamt in das Wertungsgefüge der Rechtsgeschäftslehre einfügen. Bei seiner Suche nach einer Beschränkung der Irrtumsanfechtung vergisst *Flume* völlig auf die Wertung und die steuernde Funktion der verschuldensunabhängigen Ersatzpflicht des Anfechtenden (§ 122). Nicht, dass er diese Ersatzpflicht nicht erwähnte³¹; sie spielt aber bei seiner Abwägung der Interessen von Irrendem und Anfechtungsgegner keine Rolle. Bezeichnenderweise ordnete eine solche Ersatzpflicht – wenn auch begründet als deliktische – erstmals *Hugo Grotius* an, der die wohl am weitesten gehende Berufung auf

7

lediglich der Irrtum über vereinbarte Eigenschaften“; sein Argument trägt aber, wenn man – wie hier – auch im einseitigen Irrtum (unter bestimmten Voraussetzungen) einen geschäftswesentlichen Irrtum sieht.

24 Deutlich *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 23 f.; der Vorwurf der „ontologischen“ Begründung bei *Kegel*, AcP 150 (1949) 360.

25 Dazu genauer u. 2a.

26 *Heinrich Titze*, Vom sogenannten Motivirrtum, in: Festschrift für Ernst Heymann zum 70. Geburtstag, Bd. II, Weimar 1940, 72 ff.

27 Deutlich in *Flume*, AT (n. 10), 491 ff.

28 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 27.

29 *Flume*, AT (n. 10), 498.

30 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 28, 83, 98 und öfter.

31 Tatsächlich nicht erörtert in Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), aber AT (n. 10), 422 ff. und insb. 431.

einen Irrtum vorgeschlagen hatte: Der Irrende solle sein Versprechen immer anfechten können, wenn er es bei Kenntnis der wahren Umstände nicht abgegeben hätte³². *Jherings* Figur einer (vertraglichen) Ersatzpflicht aus *culpa in contrahendo* wurde umgekehrt in Reaktion auf die willentheoretische, von *Savigny* geformte Irrtumslehre formuliert, die die Berufung auf einen Irrtum nur durch die ontologischen, den römischen Quellen abgelesenen Kategorien einschränkte³³. Auch hier erweist sich – wie bei *Grotius* – die Ersatzpflicht des Anfechtenden als Gegengewicht zur weitgehenden Möglichkeit, sich auf einen Irrtum zu berufen³⁴. Dass die Väter des BGB mit dem Erfordernis, ein Irrtum müsse auch objektiv kausal sein, noch eine weitere wichtige Beschränkung der Irrtumsanfechtung vorgesehen haben, wischt *Flume* gänzlich beiseite. In „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ geht er darauf gar nicht ein, im „Allgemeinen Teil“ meint er nur: „Eine praktisch bedeutsame Beschränkung ergibt sich daraus für die Beachtlichkeit des Irrtums nicht“³⁵. Damit bleibt für *Flume* alleine das Operieren am Begriff der Eigenschaft und an der Figur des Eigenschaftsirrtums, um zu einer „Beschränkung“ der Irrtumsanfechtung zu kommen. In Anliegen und Ansatzpunkt unterscheidet sich dieses Bemühen nicht von vergleichbaren Unterfangen seit dem frühen Gemeinen Recht. Der allgemeine Hinweis, in Kritik an *Titze* formuliert, dass die „Einhaltung eines Vertrages, unabhängig von seinem Inhalt ..., ein selbständiger Rechtswert“ sei³⁶, klingt etwas hilflos: es geht ja gerade um die Frage, ob ein Vertrag trotz eines Irrtums gültig oder anfechtbar sein soll.

Aus heutiger Sicht gibt es also zahlreiche Argumente, die gegen *Flumes* Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum sprechen. Darauf soll es hier aber nicht ankommen. Uns interessiert, warum *Flume* überhaupt nach einem Kompromiss zwischen Irrtums- und Gewährleistungsrecht suchte und wie und warum er versuchte, diesen Kompromiss historisch zu begründen.

8

32 *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis libri tres* (Paris 1625), Ausg.

33 *Rudolf von Jhering*, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in: *JherJb* 4 (1861), 1 ff.

34 So ausdrücklich *Jhering*, *JherJb* 4 (1861),

35 *Flume*, AT (n. 10), 421.

36 *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 99.

2. Flumes Deutung des *error in substantia*

a) Die Sachkategorien im Irrtumsrecht

Man mag es als Rätsel der Privatrechtsgeschichte ansehen, dass noch das moderne Irrtumsrecht bei den Seinskategorien ansetzt, wie bereits – in als einschlägig angesehenen Texten – die römischen Juristen. Zu Flumes Zeit³⁷ ebenso wie heute liest man, Irrtümer seien beachtlich, wenn sie das Vertragsobjekt insgesamt, unbeachtlich dagegen, wenn sie nur eine seiner Eigenschaften betreffen³⁸. Doch wie unterscheidet man Eigenschaften von Identitätsmerkmalen? Welche Eigenschaften machen die Identität einer Sache aus, welche nicht? Seit *Connanus* machen Juristen darauf aufmerksam, dass sich hier keine zuverlässige Grenze ziehen lässt. *Connanus* selbst möchte auf die *substantia contractus* anstatt auf die *substantia rei* abstellen³⁹, Grotius folgte grundsätzlich dem Kausalitätskriterium und die Väter des BGB haben dieses Kriterium, nun objektiv-normativ gefasst, dem § 119 I zugrunde gelegt⁴⁰. Ausdrücklich gar hat man bei der Gesetzgebung Hinweise auf den *error in re* oder *in persona* als nicht passenden „Rest der gemeinrechtlichen Theorie“ verworfen⁴¹. Doch schon *Planck* führt in seiner Kommentierung als Beispiel für einen Inhaltsirrtum den Fall an, dass man eine Person oder eine Sache verwechselt⁴².

Wie so oft in der Jurisprudenz dominieren auch hier Begriff und Beispiel und verdrängen Argument und Wertung. Begriffe sollen Kürzel und Platzhalter für Abwägungen sein, doch erleichtern sie den juristischen Diskurs nicht nur, sie schränken ihn auch ein. Begriffe sind träge, neue Gesichtspunkte nehmen sie nicht auf. Also bestimmen die

37 Etwa *Andreas v. Tuhr*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, II/1, Berlin 1914 (Nachdr. 1957), 573 Fn. 26; *Staudinger/Erwin Rietzler*, 9. Aufl., 1925, § 119 Nr. III 3 (mit zahlreichen weiteren Hinweisen).

38 Man spricht von „Identitätsirrtum“, vgl. etwa *MüKo/Ernst Kramer*, 5. Aufl., § 119, Rn. 77; *Soergel/Hefermehl*, 13. Aufl., § 119, Rn. 23; *Staudinger/Reinhard Singer* (2004), § 119, Rn. 45 f.; *Flume* selbst in AT (n. 10), 458 ff.

39 *Franciscus Connanus*, *Commentaria iuris civilis*, Basel 1562, lib. VII, cap VI, n. 4 (S. 704 C der Ausg.); ähnlich schon *Jacobus Butrigarius* sowie – jedenfalls für den Eheschluss – *Thomas von Aquin*, *Summa theologica*, suppl III, qu. 51, art. 2 ad 5. Dazu *Schermaier*, Irrtum (n. 21), 61 ff. (Thomas) und 72 f. (Jacobus).

40 Zur Entstehung des heute vergessenen Kriteriums, ein Irrtum müsse „nach verständiger Würdigung des Falles“ kausal sein, vgl. *Schermaier*, Irrtum (n. 21), 649 ff., 668 ff., 674 ff.; zusammengefasst in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 1 (§§ 1-240), Tübingen 1004, §§ 116-124, Rn. 54.

41 Prot. I 112; *Mugdan* I 718.

42 *Gottfried Planck*, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 2. Aufl., Berlin 1898, S. 169.

Begriffe, nicht die Sachfragen, die Richtung der Diskussion. Man diskutiert etwa nicht, was es heißen könnte, über den Inhalt einer Erklärung zu irren, sondern geht von einem willentheoretisch konturierten Begriff des Inhaltsirrtums aus. Beispiele sollen den Begriffen zugleich abstecken und erklären, doch sie lenken den Gehalt eines Begriffs und damit die Aufmerksamkeit der Diskussion in eine ganz bestimmte Richtung. So fragt man nicht, welche Merkmale eines bestimmten Geschäfts typischer Weise wichtig sind, sondern hält sich an das vermeintlich deutliche Beispiel des Irrtums über den Geschäftsgegenstand.

Die Ansicht, beachtliche und unbeachtliche Irrtümer könne man danach unterscheiden, über welche ontologische Kategorien sie unterlaufen, geht auf die Auslegung der römischen Quellen zurück. Savigny hat sie mit seiner Unterscheidung von „unechtem“ und „echtem“ Irrtum geädelt⁴³. Bestimmte Irrtümer, zu denen er auch den Identitätsirrtum zählt⁴⁴, verursachten eine Divergenz von Wille und Erklärung, also einen von Savigny so genannten „unechten“ Irrtum. Hier sei es eben nicht der Irrtum, sondern „die Abwesenheit des Willens“, der das Geschäft scheitern lässt⁴⁵. Ein Irrtum über die Eigenschaften einer Sache sei dagegen unbeachtlich; hier komme höchstens in Betracht, dass „die irri- ge Annahme derselben zugleich der Beweggrund für den Willen gewesen sei“⁴⁶, weswegen dem Irrenden Gewährleistungsansprüche oder die Kondiktion zustehen könnten⁴⁷. Die Figur des „unechten“ Irrtums ist ein genialer Versuch, die heterogenen Irrtumstexte des Corpus Iuris Civilis miteinander zu vereinbaren. Dass er gleichwohl Grenzen hat, zeigt sich schon bei der Einordnung des *error in substantia*, der seit dem Mittelalter⁴⁸ als *error in substantiali qualitate*, als Irrtum über wesentliche Eigenschaft, verstanden wird⁴⁹. 11

43 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, Berlin 1840, 263 ff. sowie 440 ff.

44 Savigny, System III (n. 43), 269, 272 ff.

45 Vgl. Savigny, System III (n. 43), 263 f.

46 Savigny, System III (n. 43), 269, 305.

47 Vgl. Savigny, System III (n. 43), 293.

48 Der Begriff ist zwar quellenmäßig, vgl. D. 18,1,9,2 (Ulp. 28 ad Sab.), meint dort aber den Irrtum über den Stoff einer Sache, nicht einen Irrtum über eine „wesentliche Eigenschaft“; zum kategorialen Unterschied (nach antiker Auffassung) zwischen Stoff und Eigenschaft Martin Schermaier, *Materia*. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, Köln/Graz 1992, 138 ff. und 144 ff.

49 Schermaier, Irrtum (n. 21), 41 ff.; genauer Horst Heinrich Jakobs, *Magna Glossa*. Textstufen der legistischen glossa ordinaria, Paderborn 2006, 217, 220 ff.

Savigny zögerte, den *error in substantia* als „unechten“ Irrtum anzusehen⁵⁰, er wiegelte ab⁵¹, blieb aber dann doch quellentreu: Weil die Quellen den *error in substantia* zu beachten scheinen, sollte er als „unechter“ Irrtum gelten. Um eine Grenze zu finden, definierte *Savigny*: "Der Irrthum über eine Eigenschaft der Sache ist ein wesentlicher, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach den im wirklichen Verkehr herrschenden Begriffen, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört"⁵².

Damit war für die Diskussion in der Pandektistik die Richtung vorgegeben: Begriff und Beispiel wurden weitergereicht, um sie herum die Diskussion geführt. Nur vorübergehend, während der Gesetzgebung⁵³, streifte man das Korsett ab und suchte nach einer Interessenabwägung jenseits von Sachkategorien und Psychologismus⁵⁴. Schon der Kompromiss, § 119 II zur Klarstellung in das Gesetz aufzunehmen⁵⁵, führte in die beschriebenen Bahnen zurück. Nicht unterschätzen darf man auch die Rechtsprechungstradition⁵⁶, insbesondere die des Reichsgerichts, das sich – soweit es das Gemeine Recht betraf – wieder auf *Savigny* berufen konnte⁵⁷. Das ALR kannte den Irrtum über „ausdrücklich“ und „gewöhnlich vorausgesetzte“ Eigenschaften (§§ 77 und 81 I 4 ALR); die einschlägige Judikatur⁵⁸ dürfte *Savignys* Lehre, die nicht unumstritten war⁵⁹, ebenfalls gefördert haben. Ihre scheinbare Bestätigung durch § 119 II ließ Praxis und Lehre nach 1900 offenbar vergessen, dass § 119 I den beachtlichen Irrtum völlig neu, abseits der ontologischen Kategorien, entworfen hatte.

50 *Savigny*, System III (n. 43), 277: „... nur als scharf begrenzte Ausnahmen denkbar“.

51 *Savigny*, System III (n. 43), 293: „Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß diese Behandlung ... eine künstlichere Natur hat, als die gleiche Behandlung des Error in corpore.“

52 *Savigny*, System III (n. 43), 283.

53 Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 40.

54 Selbst *Zitelmann* beteuerte in der Diskussion des 20. Deutschen Juristentags, dass man seine „psychologische“ Irrtumslehre nicht zur Grundlage der Gesetzgebung machen könne; vgl. in: Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages, hg. V. dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, 4. Bd., Berlin 1889, 110.

55 Dazu *Schermaier*, Irrtum (n. 21), 685 ff.

56 Auf die auch *Flume*, AT (n. 10), 473 hinwies.

57 Ausdrücklich etwa RGZ 19, 260, 264.

58 Etwa RGZ 12, 102; RGZ 20, 94; RGZ 21, 308, 311.

59 Vgl. etwa *Achill Renaud*, Zur Lehre vom Einflusse des Irrthums in der Sache auf die Gültigkeit der Kaufverträge, mit Rücksicht auf v. Savigny: "Der *error in substantia*" (System III. p. 276-302), in: AcP 28 (1846), 247 ff.; *Ernst Immanuel Bekker*, Krit. Vierteljschr. 3 (1861) 187 ff.; *Adolf Brinz*, Lehrbuch der Pandekten II, Erlangen 1860, bes. 1395 f., 1404 ff.; *Christian A. Hesse*, Eine Revision der Lehre vom Irrthum, in: Jher. Jb. 15 (1877), 62, bes. 99 ff.

Unter diesen Voraussetzungen hing es wesentlich vom Begriff der „Eigenschaft“ ab, über welche Vertragsumstände ein beachtlicher Irrtum unterlaufen konnte. Die enge Definition *Savignys*, die nur die „natürlichen Eigenschaften“⁶⁰ einer Sache erfasste, hätte Gewähr dafür geboten, den Anwendungsbereich von § 119 II klein zu halten. Doch man blieb bei der zum ALR entwickelten Definition, wonach unter „Eigenschaften“ auch „solche thatsächliche oder rechtliche Verhältnisse derselben fallen, welche in ihren Beziehungen zu anderen Personen oder Sachen wurzeln, und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehres einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache in allen, oder doch in gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen“⁶¹. Nach 1900 wurde diese Definition mit der Einschränkung fortgeführt, dass es sich um Eigenschaften handeln müsse, die der Sache „unmittelbar“ zukommen⁶². 13

Es ist verwunderlich, dass Flume, obwohl es ihm um die Beschränkung der Anfechtungsmöglichkeit ging, von dieser Definition ausging, um seine Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum zu entwickeln⁶³. *Savignys* Definition hätte seinem Anliegen eher entsprochen. Doch blieb Flume insoweit ganz im Fahrwasser der herrschenden Ansicht. Gerade deswegen ist es aber bemerkenswert, wenn er gleichzeitig argumentierte, „andere Vorstellung“ als solche über Eigenschaften könnten nicht Teil der Leistungsvereinbarung werden. Einerseits muss man fragen, ob man denn überhaupt noch von „Eigenschaften“ reden kann, wenn es um die „Beziehungen“ der Sache „zu anderen Personen oder Sachen“ geht. Andererseits ist doch die Definition des Reichsgerichts weit genug, jede vertraglich vereinbarte Vorstellung über Inhalt und Zweck des Vertrags als „Eigenschaft“ des Kaufgegenstands anzusehen. „Ontologisch“⁶⁴ ist hier ohnehin nur mehr der Ausdruck „Eigenschaft“, nicht der Begriff. Warum sich Flume darauf kaprizierte, es könne nur um die „Beschaffenheit“ der Kaufsache gehen, nicht aber um sonstige „Umstände“ oder „Vorstellungen“⁶⁵, bleibt rätselhaft. Man könnte meinen, er wollte in 14

60 So das RG in RGZ 21, 308, 311; gemeint ist ontologische Kategorie der „Eigenschaft“.

61 RGZ 21, 308, 311; ähnlich schon RG JW 1885, 24. Vorläufer dieser Definition dürfte eine Entscheidung zum Gemeinen Recht (!) sein, OAG Rostock, SeuffA 17 Nr. 129 (204); fast wörtlich wiederholt diese Begründung die Entscheidung RG SeuffA 40 Nr. 102 (155); in dieselbe Kerbe schlug auch (zum ALR) das Preußische OT, Gruchot 13 Nr. 29 (519, 521).

62 RG JW 1906, 379; später RGZ 116, 15, 18; RGZ 149, 235, 238.

63 Das gilt jedenfalls für seine Habilitationsschrift; in AT (n. 10), 474 f. wird die Begriffsweitung lediglich konstatiert.

64 So der Vorwurf von *Kegel*, AcP 150 (1949) 360.

65 Vgl. vor allem *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 27: „Die Vorstellung von der Beschaffenheit eines bestimmten Leistungsgegenstandes ist integrierender Bestandteil der Vorstellung von dem Gegenstand ...“.

der Definition des Reichsgerichts den „ontologischen“, den römisch-gemeinrechtlichen Kern des Eigenschaftsbegriffs erneut zur Geltung bringen.

Flumes Versuch, „Eigenschaften“ und sonstige „Vorstellungen“ kategorisch zu unterscheiden steht jedenfalls in der Tradition pandektistischer Begriffsjurisprudenz⁶⁶. Zwar trifft Flume dabei das Sachproblem, doch trägt sein begriffliches Argument die Lösung nicht. Das zeigen die folgenden beiden Beispiele: Flume erzählt den Fall, dass jemand eine Feder als die kauft, mit der Bismarck den Frankfurter Frieden unterschrieben hat. Dieser Umstand, dass es sich um Bismarcks Feder handelt, sei „vereinbarte Individualität“⁶⁷, daher Eigenschaft im Sinne von § 119 II⁶⁸. Wer aber eine Sache als Hochzeitsgeschenk kauft ohne zu wissen, dass die Verlobung bereits aufgelöst ist, unterliege einem bloßen „Motivirrtum“⁶⁹. Dass dieser Irrtum unbeachtlich, jener beachtlich sein soll, wird Flume – abgesehen von der unterschiedlichen Behandlung beiderseitigen und einseitigen Irrtums – jeder zugestehen. Wer nun aber die Sache in einem Laden kauft, der eine Hochzeitsliste führt, und weder er noch der Verkäufer weiß, dass die Hochzeit nicht stattfinden wird, wird man gleichwohl sagen, dass die Sache „als Hochzeitsgeschenk“ gekauft war. Man wird insofern von einer stillschweigenden Bedingung oder einem gemeinsamen Irrtum nach § 119 II ausgehen. Nicht am Eigenschaftsbegriff also liegt es, ob man eine Vorstellung zum Geschäftsinhalt macht, sondern daran, ob eine bestimmte Vorstellung oder Erwartung vertraglich vereinbart wird. Die vom Reichsgericht adoptierte Definition der Eigenschaft lässt diese weite Deutung zu – wenn man davon absieht, dass die Definition auf den objektiven, nicht den subjektiven Fehlerbegriff abzielt.

b) Die psychologische Irrtumslehre

Eine Schlüsselrolle in „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ spielt der Begriff des „Motivirrtums“. Ihn verwendet Flume wie die zeitgenössische Lehre, meint damit Savignys „Irrtum im Beweggrund“, begründet diesen aber mit Zitelmanns

66 Allerdings blieb *Flume* nicht durchwegs bei dieser Unterscheidung. In den sog. „Krönungszug-Fällen“ ging er davon aus, dass der Zweck, zu dem das Fenster angemietet wurde (durchaus keine „Beschaffenheit“ des Fensters), vertraglich vereinbart war; *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 73 f. Ich vermute, dass die Arbeit „in Ringen“ gewachsen ist, und dass insb. dieser Fall erst der zweiten Bearbeitung (1945-1948) angehört; vgl. auch AT (n. 10), 498 f. und dazu o. bei n. 28 f.

67 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 118 f., sie oben

68 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 25.

69 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 27.

psychologischer Irrtumslehre. Dennoch oder vielleicht auch deswegen bleibt der Begriff unscharf. „Motivirrtum“ ist für Flume alles das, was nicht vereinbart ist⁷⁰ oder was nicht zur Diskrepanz von Wille und Erklärung führt⁷¹. Damit wird der „Motivirrtum“ zu einem Kürzel für den unbeachtlichen Irrtum. Das wäre nicht weiter überraschend, weil die zeitgenössische Lehre im Wesentlichen – wenn auch mit anderer Grenzziehung – in gleicher Weise vom „Motivirrtum“ redete. Bemerkenswert ist aber, dass Flume sein Verdikt über die Unbeachtlichkeit des Motivirrtums ebenso wie die Richtigkeit seiner Annahme, nur den geschäftlichen Eigenschaftsirrtum würde das Gesetz beachten, auf die Psychologie stützen will.

Die „psychologischen Frage“ sei erneut zu stellen, weil nach *Zitelmanns* Lehre⁷² die „Eigenschaften eines bestimmten Objekts niemals Element des Willens sein“ könnten⁷³. Genau das Gegenteil aber sei der Fall. Aus moderner wie auch aus gemeinrechtlicher Sicht richtig argumentiert Flume gegen *Zitelmann*, dass man Eigenschaften nicht deswegen vereinbare, um das Objekt zu ändern, sondern deshalb, um eine Leistungspflicht zu begründen. Es überrascht, dass Flume, der zum Irrtumsrecht ausgiebig mit römischen Quellen argumentiert, hier nicht D. 21,2,31 (Ulp. 42 ad Sab.) zu Hilfe nimmt. Schon Ulpian musste sich mit dem Argument auseinandersetzen, Eigenschaften zu vereinbaren, die eine Sache gerade nicht hat, sei unmöglich⁷⁴. Anstatt aber auf dem juristisch-dogmatischen Feld zu bleiben, argumentiert Flume, für seine Ergebnisse habe „die Feststellung des psychologischen Tatbestandes eine entscheidende juristische Relevanz“⁷⁵. In seinem Eifer wirft Flume etwa *Titze* vor, die „psychologische Frage ...

70 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 83 ff.

71 Zu Letzterem *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 100 ff., bes. 103.

72 Dazu *Schermaier*, Irrtum (n. 21), 519 ff.; zur „Psychologie“ *Zitelmanns* jetzt *Hans-Peter Haferkamp*, Psychologismus bei Ernst Zitelmann, in: Mathias Schmoeckel (Hg.), *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*, Baden-Baden 2009, 215 ff.

73 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 17 ff.

74 D. 21,2,31 (Ulp. 42 ad Sab.): Si ita quis stipulanti spondeat ‚sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse‘ et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. ...

D. 50,17,31 (Ulp. 42 ad Sab.): Verum est neque pacta neque stipulationes factum posse tollere: quod enim impossibile est, neque pacto neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere potest.

D. 21,2,31 (Ulp. 42 ad Sab.): ... sed ego puto verius hanc stipulationem ‚furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse‘ utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum ‚praestari‘, multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ad aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit.

75 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 32.

nicht untersucht“ zu haben⁷⁶, andererseits unterstellt er ihm, sie zu respektieren⁷⁷.

Flume wurde hier Opfer eines doppelten Missverständnisses. Zunächst ist *Zitelmanns* Willensbegriff – trotz *Zitelmanns* eigener Beteuerung – nicht „psychologisch“ sondern handlungstheoretisch, genauer noch: imputationstheoretisch motiviert. Es geht *Zitelmann* nicht darum, wie oder warum ein Wille gebildet wird, sondern darum, von welchen Willenselementen die Zurechnung einer Handlung abhängt. Im späten 19. Jahrhundert ließ man sich von „psychologischen“ Argumenten durchaus beeindrucken⁷⁸. Manche von Flumes Zeitgenossen haben sich aber, wie der Gesetzgeber selbst⁷⁹, aus der „Psychologie“ zurückgezogen⁸⁰. Das dürfte weniger den Veränderungen im Forschungsfeld der zeitgenössischen Psychologie, als vielmehr der Einsicht geschuldet sein, dass Zurechnung und Geltung von Willenserklärungen keine psychologischen, sondern juristische Fragen sind. Sollte es sein, dass Flume diesen Unterschied nicht gesehen hat? Das ist kaum vorstellbar. Doch zeigt ein von ihm selbst reproduziertes Beispiel⁸¹, dass er jedenfalls den spezifisch juristischen Unterschied zwischen Zivil- und Strafrecht verkannte. Er ging von dem Fall aus, dass jemand „diesen Menschen“ töten wollte, weil er ihn für Y hielt⁸². *Zitelmann* argumentierte, dass der für einen Irrtum beachtliche Wille nur der Wille sein könne, der eine bestimmte Handlung – etwa die Tötung dieses Menschen – bestimme; die Verwechslung des Y mit X, also der Irrtum über die Identität des zu tötenden Menschen, sei unbeachtlich. Ebenso könne beim Kauf nur der Wille maßgeblich sein, diese raumzeitlich bestimmte Sache zu erwerben; Vorstellungen über Eigenschaften könnten nur Motiv sein, nicht aber Inhalt der Absicht zu kaufen. Zu Recht stellte sich Flume gegen diese Folgerung, doch misslingt der Versuch, *Zitelmann* mit den eigenen Waffen zu

76 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 27.

77 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 17.

78 Auch wenn *Ernst Immanuel Bekker* in seiner Rezension (*Krit. Vierteljschr.* 22, 1880, 33) ausrief: „Gott bewahre uns vor einer ‚psychologischen Civilistenschule‘“; zur Wirkung *Zitelmanns* auf die zeitgenössische Diskussion *Haferkamp*, *Psychologismus* (n. 72), 219 ff.

79 Das gilt vor allem für die Beratungen in der Vorkommission im Reichsjustizamt, vgl. *Jakobs/Schubert* (Hg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs I/1* (n. 14) 623, deren Ergebnisse von der 2. Kommission übernommen wurden; vgl. *Prot. I* 226.

80 Das gilt etwa für *Heinrich Dernburg*, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, Bd. I: *Die allgemeinen Lehren*, 3. Aufl., Halle 1906, 484 ff.; *Staudinger/Erwin Rietzler*, 9. Aufl. (1925), § 119, Nr. I 3 und III 4 A; *Titze*, *Vom sogenannten Motivirrtum* (n. 26), 72 ff., bes. 91 ff.

81 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 23.

82 Das Beispiel bei *Ernst Zitelmann*, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig 1879, 455 ff.

schlagen: Die „abstrakte Absicht, den Y zu töten“, argumentiert Flume, könne sich „nur dahin konkretisieren, ‚diesen Y‘ zu töten“⁸³. Das ist aus strafrechtlicher Sicht aber nicht entscheidend; hier ist tatsächlich nur ausschlaggebend, ob man „diesen Menschen“ töten wollte. Dass man ihn „als Y“ töten wollte, spielt für Zurechnung und Vorwerfbarkeit der Handlung keine Rolle. Anders ist es im Zivilrecht: die abstrakte Absicht, Walfischfleisch zu kaufen, konkretisiert sich in dem Willen „dieses Walfischfleisch“ zu kaufen. Hier ist die Konkretisierung in der Tat entscheidend, wenn und weil die konkret vorliegende Sache als „Walfischfleisch“⁸⁴ gekauft ist. An diesem Punkt hätte Flume den Unterschied zwischen strafrechtlicher Zurechnung und zivilrechtlichem Interessenausgleich erkennen können, und damit auch, dass *Zitelmanns* Willenslehre nur für erstere aufschlussreich ist.

Stattdessen machte er sich zum Protagonisten der „psychologischen Frage“, denn diese sei „der Angelpunkt für die Behandlung der Fälle des Eigenschaftsirrtums“⁸⁵. Darin liegt, wenn man seine Auffassung historisch betrachtet, ein zweites Missverständnis. Was *Savigny* „Irrtum im Beweggrund“ nennt, sind Fehlvorstellungen, die das Recht zwar beachtet, die aber für sich genommen eine Willenserklärung nicht unwirksam machen. Schon *Savigny* betonte, dass Motivirrtümer etwa im Gewährleistungs- oder Bereicherungsrecht ihre Bedeutung haben können⁸⁶. Dass etwas „Motivirrtum“ ist, schließt also auch bei *Savigny* nicht aus, dass man es zum Gegenstand vertraglicher Vereinbarung macht. Davon ging wohl auch *Zitelmann* aus; sein „psychologisches“ Argument bezog sich nur auf die Frage, ob eine einzelne Willenserklärung als Handlung nichtig sein könne, wenn sich der Erklärende falsche Vorstellungen über den raumzeitlich bestimmten Vertragsgegenstand macht⁸⁷. Das verkannte Flume. Er fragte nämlich nicht, wie einseitige Vorstellungen einen beachtlichen Irrtum begründen könnten, sondern wollte zeigen, dass sich „der rechtsgeschäftliche Wille auch auf die Eigenschaften des Leistungsgegenstandes bezieht“⁸⁸. Indem er sich bemühte, dieses anhand „psychologischen Tatsachen“⁸⁹ zu erklären, kämpfte Flume gegen Windmühlen. Denn dass sich etwas vereinbaren lasse, was für sich genommen keinen beachtlichen Irrtum

19

83 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 23.

84 So das Beispiel von *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 23 in Anlehnung an RGZ 99, 147.

85 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 17.

86 Vgl. *Savigny*, System III (n. 43), 293 und o. 2.

87 Etwa *Zitelmann*, Irrtum und Eigenschaft (n. 82), 442: „ein Irrtum über die Eigenschaft des individuell bestimmten Objects, an welchem sich der beabsichtigte Erfolg vollziehen soll, schliesst nie das Dasein der Absicht zu diesem Erfolg aus, sondern ist höchstens Motiv für die Fassung dieser Absicht“.

88 So etwa *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 86 (und öfter).

89 Vgl. *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 28 ff., bes. 29.

begründe, hatten weder Savigny noch Zitelmann geleugnet.

20 Dass die Vereinbarkeit der Beschaffenheit oder sonstiger Vertragsumstände wenig mit den „psychologischen“ Argumenten Zitelmans zu tun hat, sieht man vor allem an den von Flume angezogenen Beispielen. Im ersten Beispiel⁹⁰ möchte Flume unterscheiden, ob das Pferd, das gekauft wird, anwesend ist oder nicht. Kontrahiert man in seiner Anwesenheit, sei zugleich vereinbart, dass das Pferd auch lebe. Wenn das Pferd aber nicht zugegen sei, könne seine Existenz „nur Gegenstand eines Garantieversprechens oder einer Bedingung sein“. Die Unterscheidung zwischen „Vereinbarung“ und „Bedingung“ richtet sich gegen *Zitelmann*: Dieser würde nämlich auch dann, wenn das Pferd zugegen aber tot sei, die Vorstellung, dass es lebt, als „Motivirrtum“ ansehen. Nur in diesem Punkt widerspricht Flume: Eigenschaften einer raum-zeitlich bestimmten Sache könnten vereinbart sein. Existiert aber die Sache insgesamt nur in der Vorstellung der Parteien, bezöge sich der Vertrag nicht auf die Eigenschaften dieser Sache. Der Versuch, die „psychologischen“ Argumente Zitelmans zu widerlegen führt bei Flume zu einer seltsamen, juristisch nicht begründbaren Unterscheidung zwischen „Vereinbarung“ und „Bedingung“ einer Eigenschaft. Vereinbarung und Bedingung sind ja kein Gegensatz, sondern Rechtsfiguren verschiedener Ebenen: Auch die Bedingung, dass eine Eigenschaft vorliegt, muss „vereinbart“ sein, ebenso wie die Eigenschaft selbst vereinbart sein kann. Ob das eine oder das andere der Fall ist, ergibt die Auslegung der Parteierklärungen, und diese wieder ist bestimmt von den Interessen und Erwartungen der Parteien. Pferde werden regelmäßig „als lebende“ verkauft – unabhängig davon, ob sie zugegen sind oder nicht. In Flumes Argumenten scheint die „Psychologie“ über die Jurisprudenz gesiegt zu haben, oder – um mit seinen eigenen Worten zu reden – „die unrichtige Problemstellung führte auch zur unrichtigen Deutung“⁹¹.

21 Im zweiten Beispiel möchte Flume zeigen, dass ein Irrtum über die Person des Vertragspartners – unter „psychologischer“ Betrachtung – „völlig anderer Natur (sei) als die Vorstellung von den Eigenschaften des Objekts der Leistungsvereinbarung“⁹². Vorstellungen über die Person des Vertragspartners seien tatsächlich „Motivirrtümer“, während Vorstellungen über den Leistungsgegenstand vereinbart werden könnten. Der Leistungsgegenstand sei nämlich „Objekt des Willens“ in dem Sinne, dass „die

90 *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1) 19 f.

91 So *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 21 zu der seinerzeit herrschenden Lehre.

92 *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1). 26.

Vorstellung von dem Objekt, an dem das Geschehen, Werden, Sich-Verändern vor sich gehen soll, Moment des Willens ist“⁹³. Hier wird deutlich, wie Flume das handlungstheoretische Konzept *Zitelmanns* auf seine Lehre vom geschäftlichen Eigenschaftsirrtum überträgt: Die geschuldete Handlung vollzieht sich nicht an der Person des Vertragspartners, sondern am Vertragsgegenstand. Folglich soll nur dieser, nicht aber der Vertragspartner „Gegenstand“ der Vereinbarung sein. Konsequenterweise folgerte Flume: „Nur wenn eine Person Objekt des Willens wird, dann können auch die Vorstellungen von den Eigenschaften dieser Person Bestandteil des Willens sein“⁹⁴. Eine naturalistische Deutung des Schuldverhältnisses paart sich hier mit der „psychologischen“, tatsächlich aber handlungstheoretischen Begründung des Motivirrtums.

Flumes Versuch, *Zitelmann* zu widerlegen, weist noch eine weitere denkwürdige Facette auf: *Zitelmanns* „psychologische“ Deutung des Motivirrtums änderte in der zeitgenössischen Lehre nichts an der allgemeinen Auffassung, der Motivirrtum sei Gegenbegriff zum Erklärungsirrtum. Es mag sein, dass die zeitgenössische (wie übrigens auch die moderne) Lehre in der vermeintlich „naturwissenschaftlichen“ Begründung des Begriffs eine Bestätigung für seine Existenz sah und weitergehende, interessenjuristische Gründe gar nicht in Betracht zog. Zu einer Erweiterung des Begriffs kam es dadurch allerdings nicht, obwohl *Zitelmann* alle „Identitätsvorstellungen“⁹⁵, nicht bloß Eigenschaften einer raum-zeitlich bestimmten Sache zu den Motiven rechnete. Wer sich damals und heute auf „Psychologie“ beruft, aber nur den Irrtum über Eigenschaften einer Sache als Motivirrtum einordnet, geht eigentlich von einer „vulgarisierten“ Form von *Zitelmanns* „psychologischer Irrtumslehre“ aus. Auch Flume wurde nicht stutzig und überlegte nicht, ob „Identität“ und „Eigenschaft“ dasselbe psychologische Problem böten⁹⁶. Richtig bemerkte erst *Kegel*⁹⁷, dass man von einem goldenen Ring sagen könne sowohl, dass es Eigenschaft dieses Ringes ist „aus Gold“ zu sein, als auch Eigenschaft dieses Goldes „ringförmig“ zu sein.

93 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1). 26; ähnlich schon 24: „... während die Vorstellung der Eigenschaften (i.e. des Gegenstandes) Teil der Vorstellung des Gegenstandes ist“.

94 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1). 26.

95 Etwa *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft (n. 82), 435.

96 Vgl. etwa Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 18.

97 *Kegel*, AcP 150 (1949), 361.

c) Eigenschaftsirrtum und Gewährleistung

Flumes Beitrag zur vertragstheoretischen Begründung des subjektiven Fehlerbegriffs steht außer Zweifel⁹⁸. Zwar hatte schon *Brauer* die Unterscheidung von Ist- und Sollbeschaffenheit formuliert⁹⁹, und hatte das Reichsgericht deutlich gemacht, dass sich „der nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauch“ (§ 459 I BGB 1900) auch auf konkret getroffene Beschaffenheitsabreden beziehe¹⁰⁰. Doch war man in der Literatur noch nach 1945 unsicher, wie die Beschaffenheitsvereinbarung bei Speziessachen einzuordnen sei¹⁰¹. In den späten 20er-Jahren war es gar gängige Auffassung, „daß Fehler ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit, nicht von Parteivoraussetzungen über besondere Vorzüge“ bedeute¹⁰². Flumes klare Argumentation, dass der Kaufgegenstand in seiner vereinbarten Beschaffenheit geschuldet ist, auch wenn der Spezieskäufer die Leistung nicht in dieser Form verlangen kann¹⁰³, war auch ein Fortschritt gegenüber den verschiedenen Theorien, wie die Mängelansprüche des Käufers zu begründen seien¹⁰⁴.

Dennoch wird aus Flumes Ausführungen nicht recht deutlich, warum er *Zitelmanns* Irrtumstheorie bekämpfte, um Argumente für den subjektiven Fehlerbegriff zu gewinnen. Seine Lehre vom „Geschäftsirrtum“ als Irrtum über die vereinbarte Beschaffenheit hebt, wie wir gesehen haben, das Sachmängelproblem aus dem irrumsrechtlichen Zusammenhang heraus. Die Widerlegung *Zitelmanns* wäre dafür aber nicht erforderlich gewesen, und für die Dogmatik zu § 119 II blieb sie weitgehend folgenlos, weil Flume den häufigen Fall, dass der Gläubiger über die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes irrt, gerade nicht von § 119 II erfasst sieht: Ist die fragliche Eigenschaft nicht ohnehin vereinbart, gilt sein Irrtum als unbeachtlicher Motivirrtum¹⁰⁵. Eine Anfechtung wegen

98 So bereits *Kegel*, AcP 150 (1949), 362: „... um ihrer Ergebnisse willen bedeutend“.

99 *Helmuth Brauer*, Der Eigenschaftsirrtum (Eigenschaftsirrtum und Fehlspekulation). Ein Beitrag zur Auslegung und zur Kritik des § 119 Abs. 2 BGB, Hamburg 1941.

100 Bekannt ist die Entscheidung RGZ 135, 339 („Ruisdael“), dort 341 ff. mit Hinweisen auf Literatur und ältere Entscheidungen.

101 Deutlich wird das noch bei *Raape*, AcP 150 (1949), 481, 488 ff.

102 So *Franz Haymann*, Fehler und Zusicherung beim Kauf, in: Otto Schreiber (Hg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin/Leipzig 1929, 3. Bd., 317, 318; Haymann konnte sich dafür berufen auf RGZ 97, 351 („Sologeigen“), ein Urteil, das Flume in seiner Arbeit wiederholt angriff.

103 Bes. *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 109 ff.

104 Dazu *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 33 ff., 42 ff. 69 ff.

105 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 83 ff., bes. 88.

§ 119 II soll nur in anderen Fällen, etwa bei Irrtum des Sachschuldners oder beim gemeinsamen Irrtum in Frage kommen¹⁰⁶.

Zwei begriffliche Verbindungen von Gewährleistungs- und Irrtumsrecht könnten für Flumes Lehre wichtig gewesen sein: Zum einen weckt der Begriff der „Eigenschaft“ die Assoziation, es gehe im Irrtums- wie im Gewährleistungsrecht um dieselbe rechtliche Frage, nämlich um die Bedeutung einer falsch vorgestellten Eigenschaft des Vertragsgegenstands. Die Definition des Reichsgerichts, zum Irrtumsrecht entwickelt¹⁰⁷ und auch im Gewährleistungsrecht eingesetzt¹⁰⁸, hatte diese Assoziation zweifellos gefördert. Daneben steht als zweite, von Flume selbst angesprochene Verbindung, die Judikatur zum sogenannten „erweiterten Inhaltsirrtum“¹⁰⁹. Das Reichsgericht hatte eine Anfechtung nach § 119 I auch dann zugelassen, wenn eine Vertragspartei sich über Umstände irrte, die sie „bei den für den Vertragsschluß entscheidenden Verhandlungen dem anderen Teil erkennbar“ zugrundegelegt hatte¹¹⁰. Dieselbe Tendenz bestand bei der Auslegung von § 119 II; nach *Flad* sollte ein nach § 119 II beachtlicher Irrtum vorliegen wenn die fraglichen Eigenschaften „in einem für den anderen Teil erkennbaren Sinn dem Vertragsschluß zugrunde gelegt wurden, ohne dass sich die Verhandlungen ... zu einer Zusicherung verdichtet hätten“¹¹¹. Die unscharfe Vorstellung, etwas sei „zugrunde gelegt“ aber nicht „zugesichert“, musste Flumes Aufmerksamkeit herausfordern¹¹². Tatsächlich verbergen sich hinter dieser Formulierung zwei Probleme: die „Subjektivierung“ des Eigenschaftsbegriffs und die Frage, wo die Grenze zwischen einer vertraglichen Vereinbarung und einer einseitigen Voraussetzung durch den Irrenden zu ziehen ist.

In der parallelen Bemühung, von einem objektiven zu einem subjektiven Eigenschaftsbegriff zu kommen, treffen sich Gewährleistungs- und Irrtumsrecht jener Zeit. § 459 I BGB 1900 wurde von Rechtsprechung und Lehre mehr und mehr dahin

106 *Flume*, AT (n. 10), 488 ff.

107 Vgl. o. bei und in n. 61.

108 RGZ 52, 1, 2; RGZ 59, 240, 242 f.

109 Dazu etwa *HKK/Schermaier*, §§ 116-124, Rn. 59.

110 RGZ 64, 266, 268; ähnlich auch RG WarnR 1912 Nr. 55; aus der Judikatur zu den Kalkulationsfällen etwa noch RG WarnR 1909 Nr. 439; RG JW 1915, 190; RGZ 90, 268, 272 ("Brockeneisen-Fall") = JW 1917, 763; RG SeuffA 76 Nr. 4 (5, 6 f.); RG JW 1921, 738, 740; RGZ 105, 406, 407 ("Rubel-Fall") = JW 1923, 824; RG LZ 1926, 742, 743; RG JW 1925, 1633, 1634; RG HRR 1931 Nr.n 1211 und 1212; zuletzt (jedenfalls zustimmend) RGZ 162, 198, 201; aus der Judikatur zu den Börsenkursfällen etwa RGZ 94, 65, 67; RGZ 97, 138, 140; RGZ 101, 51; RGZ 116, 15, 17.

111 *Friedrich Flad*, Der Geschäftsirrtum in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: FS Erwin Bumke, Berlin 1939, 233, 244.

112 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 84 f.

verstanden, dass die Fehlerhaftigkeit einer Sache an „dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch“ zu messen sei¹¹³, weil die vertragliche Zwecksetzung den „gewöhnlichen Gebrauch“ regelmäßig einschließt, ihn aber auch modifizieren kann¹¹⁴. Die Fehlerhaftigkeit der Kaufsache maß man also daran, zu welchem vertraglich vereinbarten Zweck sie verwendet werden sollte. Ein vergleichbarer Zug zur Subjektivierung ist bei der Auslegung von § 119 II zu bemerken. Zwar verlangt § 119 II, dass der Irrtum über eine „verkehrswesentliche“ Eigenschaft unterliefe, doch versuchte man auch hier, zu einer Konzentration auf den Zweck des Vertrags zu kommen. Schon *Lenel* argumentierte, „verkehrswesentlich“ sei nur, was „man bei einem Geschäft dieser Art unter den obwaltenden Umständen“ als wesentlich voraussetzt¹¹⁵. Andere kamen zu einer noch stärkeren Konkretisierung auf den besonderen Vertrag; so verlangte etwa *Oertmann*, dass die fragliche Eigenschaft „mit dem Geschäftsinhalt in unmittelbarem Zusammenhang“ stand¹¹⁶.

Flume hielt den Weg, für die „Anfechtbarkeit wegen Eigenschaftsirrtums auf den konkreten Inhalt des Rechtsgeschäfts“ abzustellen, für den „richtigen“¹¹⁷. Das bedeutete für ihn aber zugleich, dass die fragliche Eigenschaft vereinbart sein musste, um einen diesbezüglichen Irrtum beachten zu können. Einseitig falsche Vorstellungen kämen, so Flume, nicht in Betracht¹¹⁸.

Wer sich einen Ring als echt vorstellt, ein Bild für ein Werk von Rembrandt hält, Porzellan als Meißner Porzellan ansieht, beim Hauskauf einen bestimmten Mietertrag unterstellt, mag „diesen echten Ring“, „dieses Rembrandt-Bild“, „dieses Meißner Porzellan“, „dieses Haus mit dem bestimmten Ertrag“ kaufen. Tut er das nicht, so kann er den Vertrag nicht anfechten, weil er den Gegenstand nicht mit mehr oder anderen Eigenschaften bekommt, als er sie vereinbart hat, bloß weil er sich das vorgestellt hatte.

113 § 459 I BGB 1900: „Der Verkäufer einer Sache haftet dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Verträge vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern“.

114 So etwa *Staudinger/Karl Kober*, 9. Aufl., 1928, § 459 Nr. III 1 b; *Ludwig Enneccerus*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I/2: Recht der Schuldverhältnisse, 10. Bearb., Marburg 1928, 336 f.; *Franz Leonhard*, Das Schuldrecht des BGB, Bd. 2: Besonderes Schuldrecht des BGB, München/Leipzig 1931, 48 f.; *Hugo Kreß*, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München/Berlin 1934, 12 Anm. 61 (mit zahlreichen Hinweisen auf die Judikatur des RG).

115 *Otto Lenel*, Der Irrtum über wesentlichen Eigenschaften, in: AcP 123 (1925), 161, 189 f.

116 *Paul Oertmann*, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Buch: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1908, § 119, Nr. 4 e; ähnlich *Planck/Friedrich Flad*, Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Berlin 1913, § 119, Nr. IV 3.

117 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 86.

118 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 86 f.

Der „geschäftliche Eigenschaftsirrtum“ aber, also der Irrtum über eine vereinbarte Eigenschaft, berechtigt den Käufer nicht zur Anfechtung, sondern gibt ihm Gewährleistungsansprüche. Die Übertragung des Konzepts vom „subjektiven Fehlerbegriff“ auf das Irrtumsproblem führte also dazu, dass Flume beides, Eigenschaftsirrtum und Kaufgewährleistung, als identisches rechtliches Problem einstuft. 28

Konsequent behandelte Flume auch die Leistung einer anderen als der geschuldeten Sache als Gewährleistungsfall; zwischen der *peius*-Leistung und einer *aliud*-Leistung bestehe insoweit kein Unterschied, als in beiden Fällen etwas anderes geleistet wurde als vereinbart worden war. Falsch allerdings schätzte Flume den Grund ein, warum die zeitgenössische Lehre zwischen „fehlerhafter“ Leistung und dem „Anderssein“ der Kaufsache unterschied. Für Flume lag der Grund darin, dass die herrschende Lehre davon ausging, „daß die Kaufvereinbarung sich nicht auf die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes beziehe und die Haftung des Verkäufers nach § 459 I auf Grund der bloßen, objektiven Tatsache der Fehlerhaftigkeit eintrete“¹¹⁹. Hier brach offenbar seine Opposition zu Haymann durch; ohnehin waren ein großer Teil der Lehre und auch das Reichsgericht Anfang der 30er Jahre der Auffassung, um die Fehlerhaftigkeit zu bestimmen, käme es auf die vertragliche Zwecksetzung an. Die von Flume bekämpfte Unterscheidung von *aliud* und *peius* hatte einen anderen Grund, nämlich dass man die gemeinrechtliche Trennung von Identität und Eigenschaften fortschleppte, ähnlich wie man das bei der Unterscheidung zwischen Identitätsirrtum und Eigenschaftsirrtum beobachten kann. Zwar versuchte man hier, das ontologische durch ein wirtschaftliches¹²⁰ oder rechtliches¹²¹ Argument abzulösen, doch nur wenige¹²² plädierten so entschieden wie Flume für die Gleichbehandlung einer mangelhaften Leistung und der Leistung eines *aliud*. 29

d) Vereinbarung oder Voraussetzung einer bestimmten Beschaffenheit?

Wie Eigenschaften zu „geschäftlichen“ werden und wie sich insbesondere die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit von ihrer „Zusicherung“ oder ihrer Aufnahme in eine „Bedingung“ unterscheidet, wird in Flumes Arbeit nicht ganz klar. 30

119 Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 115.

120 Etwa *Enneccerus*, Schuldverhältnisse (n. 114), 338 Anm. 9.

121 Etwa Staudinger/*Kober*, 9. Aufl. 1928, § 459 Nr. II 6, der den „Inhalt des Kaufvertrags“ entscheiden lassen will.

122 Etwa noch *Philipp Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 2. Aufl., Tübingen 1929 (Nachdr. Aalen 1974), § 88 Nr. 8-10 (S. 277 f.).

Dass eine „Garantie“ oder eine „Bedingung“ nur für solche Vorstellungen angenommen werden könne, über deren Existenz Zweifel bestehen¹²³, greift offensichtlich zu kurz. Der zweifelnde Käufer mag Garantien fordern, doch bietet sie der Verkäufer unaufgefordert und unabhängig von den Zweifeln des Käufers an, um einen höheren Preis zu erzielen. Die Judikatur des BGH zu § 463 BGB 1900 zeigt im Übrigen deutlich, wie schwierig es im einzelnen Fall ist, eine Grenze zwischen vertraglich vereinbarter und ausdrücklich zugesicherter Beschaffenheit zu ziehen¹²⁴. Noch weniger klar lässt sich zwischen einer vereinbarten Vorstellung und einer zur Bedingung erhobenen unterscheiden. Dass hier auch wertungsmäßig kein Unterschied besteht, mag man schon daran erkennen, dass auch die Wandlungsfolgen den *status quo ante* wiederherstellen sollen; der Käufer soll also so gestellt werden, als hätte er nur unter der Bedingung gekauft, dass diese oder jene Eigenschaft auch vorliegt. Auch bei der Auslegung der Willenserklärungen lässt sich kaum unterscheiden, ob die Parteien gemeinsam zugrunde gelegte Vorstellungen vereinbart oder – wie eine stillschweigende Bedingung – als selbstverständlich vorausgesetzt haben. Mittelbar gestand Flume das selbst ein, als er die sogenannten „Krönungszug-Fälle“¹²⁵ als Fälle nachträglicher Unmöglichkeit deutete¹²⁶. Dafür musste Flume davon ausgehen, dass der Zweck der Anmietung eines Fensterplatzes, obwohl von Vermieter wie Mieter nur stillschweigend vorausgesetzt, Teil der vertraglichen Vereinbarung geworden ist. Wird also jede gemeinsame Vorstellung Teil der vertraglichen Vereinbarung? Wenn nicht, wo verläuft dann die Grenze?

Es geht hier um Vertragsauslegung. Dazu blieb Flume aber in „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ recht unverbindlich¹²⁷. Aus manchen seiner Beispiele muss man schließen, dass der fragliche Umstand ausdrücklich erklärt werden muss, um als vereinbart gelten zu können¹²⁸. Das in anderem Zusammenhang referierte Beispiel von *Brauer* rechnet aber

123 Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 24, 30 passim.

124 Was sich insbesondere an der Diskussion um die Relevanz stillschweigender Zusicherungen ablesen lässt; ausführlich dazu Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, Vor § 459, Rn. 74 ff.; zum historischen Konzept der Zusicherungshaftung Sybille Hofer, Der Schadenersatzanspruch des Käufers bei Sachmängeln – Grundsätze, Wertungen und Konstruktionen, in: AcP 201 (2001), 275 ff.

125 Etwa *Krell v. Henry*, [1903] 2 King’s Bench, 740; dazu ausführlich Guenter Treitel, Unmöglichkeit, „Impracticability“ und „Frustration“ im anglo-amerikanischen Recht, 1991, 95 ff.; Martin Schmidt-Kessel, Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht. Limits of Frustration, 2003, 58 f.

126 Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 73 f.; AT (n. 10), 498 f.

127 Vgl. Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 80 ff.

128 Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 86 f. (Zitat oben bei n. 117); S. 81 erwähnt Flume als entscheidend, dass die „Eigenschaft bei den Kaufverhandlungen zur Sprache gekommen ist“.

offenbar auch mit einer konkludenten Erklärung¹²⁹: Betritt jemand aus Versehen eine Rossschlächtereier, zeigt auf ein Stück Fleisch und erklärt, er wolle es kaufen, liege ein Erklärungsirrtum vor, wenn der Käufer meinte, ein Angebot zum Kauf von Rindfleisch abzugeben. Flume geht es in dem Beispiel um die Abgrenzung von geschäftlichem Eigenschaftsirrtum und Erklärungsirrtum. Daher müsste, um bei dem Beispiel zu bleiben, die Beschaffenheit „Rindfleisch“ vereinbart sein, wenn der Käufer eine gewöhnliche Metzgerei betreten hatte. Sind es also doch die gemeinsamen Vorstellungen, die gemeinsamen Voraussetzungen der Parteien, die einen bestimmten Umstand zum „geschäftlichen“ machen? Flume argumentierte, der Begriff der „Voraussetzung“ sei unbestimmt und unklar, jener der „Vereinbarung“ bestimmt und klar¹³⁰. Damit ist aber wieder nicht geklärt, wie eine „Voraussetzung“ zur „Vereinbarung“ wird. „Je wesentlicher ... eine Eigenschaft ist“, meinte Flume, umso eher wird sich die Kaufvereinbarung darauf beziehen¹³¹. Auch dieser Satz bietet wenig Hilfe: muss der Umstand für beide Parteien gleich wesentlich sein, oder genügt es, wenn er für den einen wesentlich ist, und der andere dies weiß? Folgte man dem Reichsgericht, kam es auf den gemeinsamen Willen an: nicht die einseitige, wenn auch erkannte Vorstellung oder Erwartung, sondern die gemeinsame Zweckbestimmung sei entscheidend¹³². Dies dürfte wohl auch Flumes Auffassung entsprochen haben. Anders als bei Flume blieb dem enttäuschten Käufer nach dem Recht des BGB aber dann, wenn er mit seiner Vorstellung alleine geblieben ist, noch die Irrtumsanfechtung.

Die Möglichkeit der Anfechtung sollte ihm nach Flume nur dann zukommen, wenn seine falsche Vorstellung über den Kaufgegenstand in einem Erklärungsirrtum mündete. Ihn unterschied Flume vom „geschäftlichen Eigenschaftsirrtum“, der insofern beachtlich sei, als er Mängelansprüche auslöste. Auch hier stellt sich allerdings die Frage der Begrenzung. Flume diskutiert den Fall, dass jemand „dieses Meißner Porzellan“ kaufen will, aber aus Versehen nur erklärt „dieses Porzellan“ zu kaufen¹³³. Ob er wegen § 119 I anfechten kann, sollte sich, so Flume, daran entscheiden, ob er tatsächlich auch „Meißner Porzellan“ erklären wollte. Wenn er sich nur vorstellte, dass dieses Porzellan „Meißner“

32

129 *Brauer*, Eigenschaftsirrtum (n. 99), 23.

130 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 126.

131 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 81.

132 RGZ 70, 82, 86: „Die dem Verkäufer erkennbare Zweckbestimmung der Kaufsache genügt nicht zur Annahme eines nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs. Es muß vielmehr eine ausdrückliche oder stillschweigende (!) Willenseinigung beider Teile vorhanden sein, daß die Kaufsache zu einem bestimmten Zweck geeignet sein müsse“.

133 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 105.

sei, aber diesen für ihn wesentlichen Umstand nicht auch erklären wollte, könne er nicht anfechten. Es sei „ein großer Unterschied, ob jemand nur bestimmte Eigenschaften der Kaufsache unterstellt, oder ob er annimmt, daß sich seine Erklärung auf den Gegenstand als einen solchen von den bestimmten Eigenschaften bezieht“¹³⁴. Vom praktischen Standpunkt aus ist diese Differenzierung bedeutungslos. Aber auch ihre theoretische Berechtigung ist fragwürdig: Soll es tatsächlich darauf ankommen, ob jemand sich vorstellt, „Meißner“ Porzellan zu kaufen, oder ob er sich vorstellt zu erklären, dass er „Meißner“ Porzellan kauft? Ist das ein interessengerechtes Kalkül? Genau diese Frage hatte schon *Titze* gestellt und verneint¹³⁵; Flume ging darauf – obwohl er *Titze* wiederholt kritisierte – nicht ein.

e) Ergebnis

Der Wille zur Gestaltung, insbesondere zur Vereinfachung der in Rechtsprechung und Lehre ausgetragenen Kontroversen ist in allen Kapiteln von Flumes Arbeit spürbar. Insbesondere im Gewährleistungsrecht, wo der „Vertragszweck“ nur mittelbar, nämlich bei der Bestimmung des „nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch(s)“ herangezogen wurde, brachte Flumes Figur des „geschäftlichen Eigenschaftsirrums“ eine dringende Klärung. Die Klärung im Gewährleistungsrecht aber mündete in einer radikalen Beschränkung des Irrtumsrechts: Der „error in substantia“ *Savignys*, den § 119 II regeln soll, sollte aus Sicht des enttäuschten Käufers nicht mehr zur Anfechtung, sondern nur mehr zu Mängelansprüchen berechtigen. Das ist insofern bemerkenswert, als die zeitgenössische Lehre und Praxis ohne weiteres davon ausgingen, dass der Gesetzgeber unter bestimmten Umständen auch einen einseitigen Irrtum über die Vertragsumstände berücksichtigen wollte. Die Nahtstelle zwischen bloßer „Vorstellung“ und „Vereinbarung“, auf die es insoweit besonders ankam, bleibt in Flumes Entwurf diffus; jene zwischen einseitigen und gemeinsamen Vorstellungen, die aus Sicht der zeitgenössischen Lehre genauso wichtig war, wurde gar nicht angesprochen.

33

Die zweite Besonderheit von „Eigenschaftsirrtrum und Kauf“ liegt in der Verve der vorgetragenen Thesen. Flume wiederholte seine „Erkenntnis“¹³⁶, dass Eigenschaften des Kaufgegenstandes vereinbart werden können, unablässig, und mitunter scheint es, als

34

134 *Flume*, Eigenschaftsirrtrum und Kauf (n. 1) 106.

135 *Titze*, Motivirrtrum (n. 26), 91 ff.

136 *Flume*, Eigenschaftsirrtrum und Kauf (n. 1) 87 passim.

sollten Wiederholung und Behauptung weitere Argumente erübrigen. Besonders deutlich liest sich das in der Ablehnung der „außergeschäftlichen Eigenschaftsirrtums“¹³⁷:

Aus unserer These ergibt sich als zwingende Folge, daß der Irrtum über eine Eigenschaft, hinsichtlich deren der Leistungsgegenstand nicht von der Leistungsvereinbarung abweicht, also der Irrtum, der von uns als außergeschäftlicher Eigenschaftsirrtum bezeichnet worden ist, *keine Beachtung finden kann*, daß vielmehr nur der geschäftliche Eigenschaftsirrtum, nämlich der Irrtum über Eigenschaften, hinsichtlich deren der Leistungsgegenstand von der Leistungsvereinbarung abweicht, *beachtlich sein darf*. (Hervorh. nicht im Original)

Auch den verschiedenen Versuchen in der Lehre, den Graubereich zwischen „Vereinbarung“ und „gemeinsamer Vorstellung“ zu schließen, begegnet Flume mit dem Argument, jenseits der vertraglichen Vereinbarung sei kein Raum, um Vorstellungen der Parteien zu berücksichtigen. So argwöhnte er etwa auch, *Oertmann* habe seine Lehre von der Geschäftsgrundlage deswegen entwickeln müssen, weil „er mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß die Leistungsvereinbarung bezüglich eines bestimmten Gegenstandes sich nicht auf dessen Beschaffenheit beziehen kann“¹³⁸. Das ist unrichtig, wie man bei *Oertmann* nachlesen kann¹³⁹. Auch hier¹⁴⁰ ließ die Überzeugung von der Richtigkeit der eigenen Auffassung gar keinen Zweifel daran aufkommen, dass die anderen im Unrecht sind. 35

3. Flumes Quellenbeweis

In guter pandektistischer Manier wollte Flume seine Entdeckung auch quellenmäßig absichern. Vom wissenschaftlichen Standpunkt aus war das, beinahe ein halbes Jahrhundert nach Inkrafttreten des BGB, nicht erforderlich. Doch hatte sich *Ernst Haymann*¹⁴¹ für die Begründung des objektiven Fehlerbegriffs auf das römische Recht berufen und schon aus diesem Grund meinte Flume¹⁴², der gegen Haymann argumentierte, auf das römische Recht eingehen zu müssen. Zugleich sollten die römischen Quellen, weil das BGB daraus hervorgegangen ist, den Befund zum Recht des BGB bestätigen können. 36

137 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 86.

138 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 72.

139 *Paul Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig/Erlangen 1921, 133 f.

140 Vgl. schon oben bei n. 119.

141 Flume weist hin auf *Ernst Haymann*, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache, 1. Band: Studien zum klassischen römischen Recht, Berlin 1912, und *ders.*, Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf. Vortrag gehalten am 24. Februar 1913 in der juristischen Gesellschaft in Frankfurt a.M., Berlin 1913; *ders.*, FS Reichsgericht III (n. 102), 319 ff.

142 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 56.

Beide Begründungen klingen plausibel, doch dürfte es für Flume auch noch andere Beweggründe gegeben haben. Flume gehörte in dieser Zeit zu den wenigen, deren Beschäftigung mit den römischen Quellen von einem genuin dogmatischen Interesse geleitet war. Das Auseinanderfallen einer historisierenden Romanistik und der Exegese des neuen Gesetzbuchs ist vor allem in den 20er und 30er Jahren spürbar und hat vielleicht auch damit zu tun, dass nun erstmals eine Juristengeneration nach vorne drängte, die das Zivilrecht nicht am Corpus Iuris, sondern am BGB erlernt hatte. Zwar zählte auch Flume zu dieser Generation, doch wurde er Wissenschaftler als Romanist und nahm sich die „moderne geschichtliche Rechtswissenschaft“ seines Lehrers *Fritz Schulz* zum Vorbild¹⁴³. Dabei klingt Flumes Darstellung wie eine Antwort auf die Freirechtsschule, die die historische Erklärung oder gar Begründung des Rechts für Unsinn hielt¹⁴⁴.

Wenn auch Flumes „Quellenbeweis“ als Widerspruch gegen eine historisierende Romanistik und eine exegetische Zivilistik gedacht gewesen sein sollte, wich er doch in der Deutung der kauf- und irrtumsrechtlichen Quellen nicht von der seinerzeit herrschenden Meinung ab, konstruierte also nicht, um die Quellen in Einklang mit dem geltenden Recht zu bringen. Mit der herrschenden Meinung trug er aber den Klassizismus der damaligen Romanistik weiter, der als unklassisch und unrömisch von sich wies, was dem modernen Rechtsverständnis entgegen zu stehen schien. 37

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre sah Flume zunächst das römische Sachmängelrecht als zweigeteilt an: Nach *ius civile* hätte der Verkäufer nur für *dolus* und wegen Garantieübernahme haftet, während das ädilische Edikt für Marktkäufe von Sklaven und Vieh eine verschuldensunabhängige Haftung für Sachmängel gekannt hätte, und zwar – soweit Garantiestipulationen nicht abgeschlossen waren – nur für typische, objektiv bestimmte Fehler der Kaufsache¹⁴⁵. Erst das nachklassische und justinianische Recht habe Gewährleistungsansprüche auch im Rahmen der zivilen *actio empti* gekannt, dann auch im Hinblick auf „subjektive“, also nach dem Vertragsinhalt bestimmte Fehler; 38

143 *Werner Flume*, In memoriam Fritz Schulz, SZ 75 (1958), 496, 500, dort unter Bezug auf *Fritz Schulz*, Der Irrtum im Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung, in: Erich Genzmer u.a. (Hg.), Gedächtnisschrift für Emil Seckel, Berlin 1927, 70 ff.

144 Vgl. etwa *Gnaeus Flavius* (Hermann Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906, 31: „Das Recht, das wir leben und als ein lebendes in uns fühlen, brauchen wir nicht noch einmal in der historischen Retorte uns vorzaubern zu lassen, so wenig, wie wir Sanskrit zu kennen brauchen, um deutsch zu reden“.

145 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1) 57 ff.

erst hier sei der Kaufvertrag „zur Vereinbarung einer Leistung der Kausache in sachlich mangelfreiem Zustand“ geworden¹⁴⁶. Die moderne romanistische Forschung hat gezeigt, dass bereits das klassische Recht – spätestens seit Julian¹⁴⁷, aber womöglich schon früher¹⁴⁸ – eine verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache im Rahmen der *actio empti* kannte. Im frühen 20. Jahrhundert hatte man entsprechende Texte für justinianisch interpoliert gehalten¹⁴⁹; Flume, ganz Kind seiner Zeit, folgte dieser Ansicht wiederholt¹⁵⁰.

Weil aber Flume eine Gewährleistungshaftung im Rahmen der *actio empti* ausblendete, währte er eine Lücke im Schuldvertragsrecht, die die klassische Jurisprudenz mit den Irrtumsregeln gefüllt hätte¹⁵¹. Vor allem Ulpian's Traktat D. 18,1,9 und 11 zeige, dass bei den römischen Klassikern eine signifikante Abweichungen der Kaufsache von der Kaufvereinbarung zur Nichtigkeit des Kaufvertrags geführt habe¹⁵². Deutlich sehe man das an dem von Ulpian mehrfach frequentierten Argument, dass *aliud pro alio* geleistet worden sei; es belege, dass es in dieser sogenannten Irrtumsentscheidung nicht um „die Nichtübereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit bezüglich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes“, sondern um „die Nichtübereinstimmung von Kaufvereinbarung und Wirklichkeit“ gegangen sei¹⁵³. Also sei der Vertrag nicht am Irrtum einer oder beider Parteien gescheitert, sondern daran, dass die Sache nicht der Vereinbarung entsprach¹⁵⁴ – für Flume ein klares Zeichen dafür, dass die römischen Klassiker die Kaufvereinbarung

146 Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 59.

147 Wichtig ist hier insb. D. 19,1,13 pr. (Ulp. 32 ad ed.); Flume

148 Die frühesten Texte erwähnen dafür die Juristen Labeo und Trebatius, etwa D. 18,1,45 (Marcian. 4 reg.); D. 19,1,64 (Pomp. 9 ad Sab.); dazu Dieter Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln/Graz 1962, 131 ff.; Heinrich Honsell, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München 1969, 93 ff.; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, 319 ff.; Nunzia Donadio, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano 2004.

149 Zu D. 18,1,45 etwa Haymann, *Haftung des Verkäufers* (n. 141), 133 f.; Raymond Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris 1930, 154 f.

150 Werner Flume, *Zum römischen Kaufrecht*, SZ 54 (1934), 328, 330; ders., *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 62 f.

151 Ausdrücklich Flume, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 68.

152 Zuerst Flume, SZ 54 (1934), 331 ff.; ders., *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 64 ff.

153 Flume, SZ 54 (1934), 334; ders., *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (n. 1), 67; ähnlich dort 92.

154 Was Wolfgang Ernst, *Irrtum – ein Streifzug durch die Dogmengeschichte*, in: Reinhard Zimmermann (Hg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübingen 2007, 1, 3 einen „unverlierbare(n) Erfolg der modernen Romanistik“ nennt, ist jedenfalls nicht dieses, dass Flume die „Geschäftsbezogenheit der römischen Irrtumslehre“ rekonstruiert hat. Denn damit löste Flume die Irrtumsfrage im römischen Recht nicht, sondern eliminierte sie: Der Vertrag soll nicht am Irrtum (oder am Dissens) gescheitert sein, sondern daran, dass ihm der Gegenstand fehlte.

auch auf die Beschaffenheit der Kaufsache bezogen hätten. Die Texte, die Flumes Deutung widersprechen würden, insbesondere die, die den Fall eines gemeinsamen Irrtums problematisieren und damit indirekt bestätigen, dass es in den anderen Texten um „einseitigen“ Irrtum ging, wurden als „längst als interpoliert erkannt“¹⁵⁵ zur Seite geschoben.

Wenn nun die nachklassische Rechtswissenschaft die Abweichung der Kaufsache von der Kaufvereinbarung zum Grund der Sachmängelhaftung gemacht hatte, so wären die sogenannten Irrtumstexte an sich überflüssig geworden und hätten in die Kompilation nicht eingehen dürfen. Aber der Aufgabe dies zu erkennen seien „die Kompilatoren nicht gewachsen“ gewesen¹⁵⁶; weil nun aber Texte zum Sachmängelrecht, die die Vereinbarung der Beschaffenheit der Kaufsache thematisieren, und die sogenannten Irrtumsentscheidungen, die just solche Vereinbarungen betrafen, in den Digesten Seite an Seite überliefert waren, sei im gemeinen Recht eine „grenzenlose Verwirrung“ entstanden, „die auch von der modernen Dogmatik ... bisher (!) noch nicht beseitigt worden“ sei¹⁵⁷. Erst Flumes Erkenntnis ließ „auch die vom error in materia handelnden Quellenstellen in einem neuen Licht erscheinen“¹⁵⁸. In Wirklichkeit hätten die römischen Juristen nämlich einen einseitigen Irrtum gar nicht berücksichtigt: solches widerspräche „der Art, wie die Klassiker Jurisprudenz betrieben haben“¹⁵⁹. Damit sagt Flume nicht weniger, als dass es nicht nur unklassisch, sondern unjuristische sei, einen einseitigen Irrtum zu beachten.

Man mag zu dieser Auffassung stehen, wie man will; es gibt in der Tat gute Gründe, die Geltendmachung eines einseitigen Irrtums bei Vertragsschluss abzulehnen. Historisch ist Flumes Befund indes falsch¹⁶⁰. Zwar haben die römischen Juristen tatsächlich nicht in den modernen Kategorien des Irrtums gedacht. Wenn man aber die Überlieferung der Quellen ernst nimmt, bleiben auch andere Deutungen als jene Flumes. Ansatzpunkt muss die Konsenslehre der klassischen Juristen sein, die auf einem anderen Verständnis des Willens gründet, als die moderne Handlungs- und Rechtsgeschäftslehre. Sowohl

155 So zu D. 18,1,14 (Ulp., 28 ad Sab.) *Flume*, SZ 54 (1934), 333; *ders.*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 66.

156 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 69.

157 *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (n. 1), 69.

158 *Werner Flume*, Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht, in: Festschrift Fritz Schulz I, Weimar 1951, 209, 249.

159 *Flume*, FS Schulz I (n. 158), 249.

160 Anderer Auffassung ist offenbar *Ernst*, Irrtum (n. 154), 3 ff. (insb. 8 f.).

„gemeinsamer“ als auch „einseitiger“ Irrtum führten demnach zum *dissensus*. Allerdings ist unser modernes Verständnis vom „einseitigen“ Irrtum von der seit dem Mittelalter an die Quellen herangetragenen Handlungslehre bestimmt und deswegen erst wähen wir in den Quellen Widersprüche und Unklarheiten. Anstatt einer historischen Untersuchungen dieser Zusammenhänge zu leisten hat Flume sich ganz auf die zeitgenössische Methode verlassen: Was modernem juristischen Denken oder klassischem Sprachgefühl nicht entspricht, kann nicht klassisch sein. Die von Flume übrig gelassenen Trümmer ergeben in der Tat genau das Bild, das er selbst von einer „richtigen“ Lösung des Eigenschaftsirrturns hatte.

Ein kleines, aber bezeichnendes Beispiel für diese Methode ist auch Flumes Behandlung des Personenirrturns. Den Umstand, dass die römischen Quellen keinen Fall eines Irrturns über die Eigenschaften einer Person überliefern, sah er als Beleg dafür an, dass ein solcher Irrturn unbeachtlich sein müsse¹⁶¹. Dabei ist schon die Annahme, Eigenschaften einer Person könnten nicht vereinbart sein, fragwürdig¹⁶². Der Grund, warum die römischen Quellen den Terminus des *error in persona* nicht kennen, liegt wohl daran, dass der Irrturn über eine Person kaum je ein Konsensproblem darstellte. Einschlägige Texte, in denen das Konsensproblem zumindest berührt wird¹⁶³, sprechen weder von *error* noch von *dissensus*. Das hat aber wohl nichts zu tun mit Flumes Vermutung, ein *error in persona* sei den Römern unbekannt gewesen. Vielmehr wurde in beiden Texten die Konsensfrage gar nicht thematisiert. Die Entscheidungen passen aber in beiden Fällen auf das, was wir von einem beachtlichen *error in persona* erwarten: Der beabsichtigte Vertragsschluss scheidert an der Verwechslung der Person des Vertragspartners.

42

4. Geschichte als Konstruktion der modernen Dogmatik?

Werner Flumes „Eigenschaftsirrturn und Kauf“ ist ein Kind seiner Zeit: beladen mit dem begrifflichen Ballast des 19. Jahrhunderts und befangen in der Interpolationistik der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Die begriffsjuristischen Auswüchse immerhin bekämpfte Flume energisch, allerdings ohne sich dabei, wie Münchhausen am eigenen Schopf, aus

43

161 Flume, Eigenschaftsirrturn und Kauf (n. 1), 26.

162 Dazu o. bei n. 92 ff.

163 D. 18,1,63 pr. (Iav. 7 ex Cassio) und D. 47,2,52,21 (Ulp. 37 ad ed.); auf beide Text geht Flume nicht ein; vgl. jetzt Martin Schermaier, Von Hochstaplern, schlechten Schuldner und vermeintlichen Jungfrauen. Historisches und Vergleichendes zum *error in persona*, in: FS Mayer-Maly, Köln/Wien 2002, 661, 664 f.

der Affäre ziehen zu können. Der Versuch, im Sachmängel- und Irrtumsrecht mit „psychologischen“ Argumenten weiterzukommen, ist dafür ein deutliches Beispiel. Die „Psychologie“, so wissen wir heute¹⁶⁴, hilft in der Frage des Motivirrtums nicht weiter. Flumes entschiedene Ablehnung des einseitigen Irrtums über Vertragsumstände als Anfechtungsgrund ist verständlich angesichts der heillosen Vielfalt an guten und weniger guten zeitgenössischen Klärungs- und Abgrenzungsversuchen. Dass diese Ablehnung gegen den gesetzgeberischen Willen steht, verschwieg Flume allerdings. Die Interpolationsvermutungen andererseits halfen Flume, die eigene als richtig erkannte Figur des „geschäftlichen Eigenschaftsirrtums“ auch in den Quellen vertreten zu sehen.

Dass Flume überhaupt versuchte, historische Argumente für seine Erklärung der modernen Dogmatik zu entwickeln, könnte man als Flumesche Eigenheit abtun. Er blieb ihr ein Leben lang treu. Insbesondere wiederholte er die historische Begründung bis in die letzte Auflage seines Handbuchs¹⁶⁵. Doch sehen wir diese Methode damals¹⁶⁶ wie heute¹⁶⁷ vehement in Frage gestellt. Zweck und Aufgabe rechtshistorischer Forschung soll es sein, die Geschichtlichkeit des alten Rechtszustandes zu erforschen, nicht das moderne Recht zu erklären¹⁶⁸: „Wunsch, Geschichte, Gegenwart – da ist keine Substanz in der Existenz – alles Konstrukte, Erzählungen“, heißt es altklug bei *Kiesow*¹⁶⁹. Allerdings entpuppt sich Kritik an einem aufkeimenden oder gar schon herrschenden „Neopandektismus“ oft ihrerseits als Missverständnis. Zwei Erfahrungen werden nicht hinreichend unterschieden, die historische Bedingtheit von Recht einerseits und die Persistenz von Ordnungsvorstellungen andererseits. Wer die Rechtspraxis betrachtet, sieht keine Entwicklungen, sondern singuläre Erscheinungen, sieht Konflikte und Urteile und Urteilsbegründungen, die an Überzeugungskraft verlieren, sobald man sie aus dem historischen Kontext löst. Wer die Rechtsdogmatik betrachtet, sieht die immer wieder

44

164 Wenig beachtet aber lesenswert ist *Angela Säcker*, Irrtum über den Erklärungsinhalt. Dogmengeschichtliche, psychologische und linguistische Studien zum Irrtum i.S. von § 119 Abs. 2 BGB, Frankfurt 1985, 145 ff.

165 *Flume*, AT (n. 10), 435 ff.

166 Vgl. dazu kurz o. bei n. 144.

167 Einen Eindruck darüber gibt, in der Folge von Zimmermanns Vortrag auf dem Kölner Rechtshistorikertag (1992) abgelaufene Diskussion die im Rechtshistorischen Journal 12 (1993), 259 ff. ein Forum, oder – genauer – eine „Arena“ fand.

168 Deutlich etwa *Pio Caroni*, Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neopandektismus, ZNR 16 (1994), 85 ff.; *Thomasz Giaro*, Max Kaser (1906-1997), in: RJ 16 (1997), 231, 327 ff.; *Regina Ogorek*, Die Erbschaft ausschlagen?, in: *Pio Caroni/Gerhard Dilcher* (Hg.), Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?, Köln/Weimar/Wien 1998, 183 ff.

169 *Rainer M. Kiesow*, Jargon der Evidenz, RJ 13 (1994), 177, 186.

gleichen Versuche, das Chaos der Interessen und Konflikte in verallgemeinernde Begriffe, in eine Ordnung zu bringen. Nicht umsonst spielte und stehen sich in der Diskussion um die „Geschichtlichkeit der Rechtsgeschichte“ vorwiegend Germanisten auf der einen, und Romanisten auf der anderen Seite gegenüber.

Damit soll Flumes Methode aber nicht gerechtfertigt werden. Auch die Dogmengeschichte – in den Augen der Kritiker ohnehin „belanglos“¹⁷⁰ – ist einer historischen Methode verpflichtet. Doch wo setzt sie an? Bei den Dogmen oder bei ihrer Geschichtlichkeit? Wohl bei beidem zugleich; keine Produkt menschlichen Denkens lässt sich von seinem Umfeld abstrahieren. Wer über Recht nachdenkt, sucht zu jeder Zeit Kriterien, nach denen er Konflikte und ihre Entscheidung vergleicht und ordnet. Diese Kriterien etablieren sich, sobald sie abstrakt erklärt werden können, zu Begriffen, Regeln und Instituten, und diese wieder bestimmen spätere Bemühungen Fälle und Entscheidungen zu vergleichen und zu ordnen. Begriffe sind die „Sprache“, Regeln die „Grammatik“ des Rechts. Nur in einer solchen „Sprache“ können wir über Recht nachdenken. Wer etwa von „Gewährleistung für Sachmängel“ spricht, hat ganz bestimmte Konflikte und ganz bestimmte Lösungen vor sich und weckt damit auch ganz bestimmte Assoziationen. Die Begründungen dafür, warum der Sachschuldner für Sachmängel Gewähr zu leisten hat, müssen aber immer neu gefunden werden und ändern sich fortwährend; die Rechtsfigur selbst und die Rechtsbehelfe des Sachgläubigers nicht. Dabei muss zugleich beachtet werden, dass diese Rechtsfiguren nicht nur unsere Vorstellung von einer irgendwie gerechten Ordnung bestimmen, sondern auch die Art und Weise prägen, wie wir an Konflikte herangehen und wie wir aus der unendlichen Vielzahl von Konfliktsituationen Orientierungspunkte für ihre Beurteilung gewinnen. In der Beständigkeit und strukturierenden Kraft dieser Dogmen liegt zu einem guten Teil das, was die Systemtheorie „Autonomie des Rechts“ nennt. 45

Aber um die Geschichte solcher Dogmen ging es Flume gerade nicht. Insoweit muss man ihn vor dem Vorwurf der Kritiker des modernen „Neopandektismus“ nicht in Schutz nehmen; diese Vorwürfe treffen ihn nicht. Doch lassen sich andere Vorwürfe formulieren, entwickelt an seinem „Quellenbeweis“. Wolfgang Ernst hat Flume dahin gekennzeichnet, dass er einen „produktiven Umgang mit der juristischen Tradition“ pflegte¹⁷¹; das ist durchaus richtig, wenn auch ein wenig euphemistisch. Flumes Umgang mit der Tradition 46

170 Vgl. Ogorek, Die Erbschaft ausschlagen (n. 168), 186: „... der man bestreiten man, daß sie belangvoll, nicht aber, daß sie legitim sei ...“.

171 Wolfgang Ernst, Werner Flume zum 100. Geburtstag, NJW 2008. 2760.

war zuerst eklektisch, dann produktiv. Daran bliebe nichts auszusetzen, soweit Flume tatsächlich nur die Absicht verfolgte, „in kritischer Auseinandersetzung mit den besten Stimmen eine eigenständige Lösung zu finden, die gültig ist für unsere Zeit und für unser Recht“¹⁷². Doch genau das ist nicht der Fall. Flume beanspruchte auch für seine Diskussion des römischen *error*, das „Richtige“ getroffen zu haben; dabei ist „kritische Auseinandersetzung mit den besten Stimmen“ doch erst möglich, wenn ich diese Stimme vernommen und verstanden habe. Damit wollte sich Flume nicht abgeben. Der eigentümlichen Vorstellung, „klassisch“ könne nur sein, was wir auch heute für richtig halten, blieb er unverbrüchlich treu. Damit soll gar nicht bestritten sein, dass es unter gegebenen Voraussetzungen eine richtige, gerechte, effiziente oder sonst wie optimale Lösung eines Konflikts geben könnte. Entscheidend ist aber, dass sich diese Voraussetzungen ständig ändern. Es ist nicht so sehr die Zeit, die uns Dinge als vergangen, als historisch wahrnehmen lässt, sondern es sind die Umstände, die sich mit der Zeit ändern.

Aus dem, was wir heute als Fehler ansehen, lässt sich vielleicht mehr lernen, als sie nicht zu wiederholen. Die Dogmengeschichte kann in der Tat das Verständnis des modernen Rechts fördern, wenn sie nach der Geschichtlichkeit der Dogmen und ihrer Begründung fragt. Das lässt sich auch am Irrtumsrecht, einem von Flumes Ausgangspunkten, zeigen: Was heute als „Willensübereinstimmung“ übersetzt wird, hieß im römischen Recht *consensus*, meinte aber etwas gänzlich anderes als die Übereinstimmung von zwei (oder mehreren) Willen. Auch schloss der *error* nicht, so wie heute, die Freiwilligkeit einer Handlung aus, sondern wohl nur die Zurechnung der Handlungsfolgen. Zwischen antikem und modernem Willensbegriff liegt ein wichtiger, in der rechtshistorischen Forschung bislang vernachlässigter Paradigmenwechsel¹⁷³. So schloss nach Ulpian *error* den *consensus* aus, und wir, vertraut mit den §§ 116 ff. BGB, nicken beifällig: wie bei uns. Dass Ulpian aber etwas ganz anderes mit diesem Satz gemeint haben könnte als wir, kommt uns erst in den Sinn, wenn wir seine Gleichsetzung von einseitigem und beiderseitigem Irrtum ernst nehmen. Spätestens dann ist es mit der Übereinstimmung von römischem und modernem Recht nämlich vorbei. Wer hier nicht mit Textkritik korrigierend eingreifen will, muss nachdenken und wird so vom Dogmatiker zum Dogmenhistoriker, zum Rechtshistoriker.

47

172 *Ernst*, NJW 2008, 2760.

173 Dazu etwa *Albrecht Dihle*, *The Theory of Will in Classical Antiquity*, Berkeley 1982 (dt. Übersetzung: *Die Vorstellung vom Willen in der Antike*, Göttingen 1985); *John Rist*, *Augustine: Ancient Thought Baptized*, Cambridge 1994.

In späteren Arbeiten hat Flume manche Übertreibungen aus „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ vermieden, hat Ecken abgerundet und Interpolationsvermutungen zumindest verschwiegen. Die inzwischen fortgeschrittene Arbeit an den Quellen, die kritische Haltung gegenüber einer klassizistischen „Interpolationenjagd“ und nicht zuletzt eine vertieft geführte Methodendiskussion haben unseren Blick auf das klassische Recht verändert. Seine Perfektion sehen wir nicht mehr darin, dass es zeitlos „richtig“ ist, sondern in seiner historischen Stimmigkeit. Flume selbst hat zu dieser Entwicklung beigetragen mit seiner Untersuchung über „Rechtsakt und Rechtsverhältnis“, die zugleich eine Summe der älteren Arbeiten zieht. Zumindest methodisch, wenn auch nicht inhaltlich, hat er damit den „Quellenbeweis“ aus „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ revidiert. Wenn hier dennoch Kritik formuliert wurde, dann deshalb, weil Flumes rechtshistorische Arbeit in „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ jüngst als Vorbild gelobt wurde¹⁷⁴. Vorbild nämlich kann diese Arbeit im Umgang mit den Quellen nicht sein – wohl aber in ihrem dogmatischen Teil, soweit man sich der Anliegen bewusst bleibt, die Flume in Auseinandersetzung mit der zeitgenössischen Diskussion verfolgte.

¹⁷⁴ Insbesondere von *Horst Heinrich Jakobs*, D. 18,1,11 nach Überwindung der Interpolationistik, SZ 125 (2008), 376 ff., bes. 402 ff. Eine genauere Auseinandersetzung mit Jakobs' Argumenten soll an anderer Stelle erfolgen.