

Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

---

Neue Folge · Band 45

*Si error aliquis intervenit –*  
**Irrtum im klassischen römischen  
Vertragsrecht**

Von

**Jan Dirk Harke**



**Duncker & Humblot · Berlin**

JAN DIRK HARKE

*Si error aliquis intervenit* –  
Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht

# Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen

Herausgegeben vom Institut für Rechtsgeschichte und  
geschichtliche Rechtsvergleichung der Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg i. Br.

Neue Folge · Band 45

*Si error aliquis intervenit* –  
Irrtum im klassischen römischen  
Vertragsrecht

Von

Jan Dirk Harke



Duncker & Humblot · Berlin



Gedruckt mit Unterstützung  
der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-6704  
ISBN 3-428-11373-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## **Vorwort**

Der Juristischen Fakultät der Universität Passau lag diese Schrift im Wintersemester 2002/03 als Habilitationsleistung vor. Ihr Erscheinen ist Anlaß, den Dank an meine beiden Lehrer, Joseph Georg Wolf und Ulrich Manthe, zu erneuern. Joseph Georg Wolf hat mich im Studium für das römische Recht gewonnen und mir den akademischen Weg gewiesen. Daß ich ihn nach einem Ausflug in die juristische Praxis beschreiten konnte, ist Ulrich Manthe zu verdanken, der meine Habilitation betreut und nach Kräften gefördert hat. Das gleiche gilt für meine Frau Maria Beatriz, die auch die Druckvorlage für dieses Buch erstellt hat und der ich von ganzem Herzen danke. Die Arbeit ist im Rahmen eines Habilitationsstipendiums der Deutschen Forschungsgemeinschaft entstanden, der ich hierfür ebenso wie für den in Aussicht gestellten Druckkostenzuschuß zu Dank verpflichtet bin.

Würzburg, Oktober 2003

*Jan Dirk Harke*



## Inhaltverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	15
-------------------------	----

### *Erstes Kapitel*

#### **Ulpian's Irrtumstraktat** 22

§ 1 <i>Dissensus in corpore</i> : D 18.1.9pr.....	23
§ 2 <i>Dissensus</i> und <i>error in nomine</i> : D 18.1.9.1.....	28
§ 3 <i>Error in nomine</i> und <i>error in corpore</i> im Testamentsrecht.....	34
§ 4 <i>Error in materia</i> : D 18.1.9.2.....	40
§ 5 <i>Error in sexu</i> und die ratio des <i>error in materia</i> : D 18.1.11.....	54
§ 6 Die Ansicht Marcell's.....	62
§ 7 Der beiderseitige Irrtum: D 18.1.14.....	68
§ 8 <i>Error in qualitate</i> und Verkäuferhaftung.....	74
§ 9 Ergebnisse.....	78

### *Zweites Kapitel*

#### ***Error* und *consensus* bei anderen Juristen** 81

§ 10 Kaufrecht: Die Haltung Paulus'.....	81
§ 11 Andere Konsensualverträge: Die Haltung Pomponius'.....	90
§ 12 Realverträge: Die Haltung Julians und der sogenannte <i>error in person</i> .....	104
§ 13 Stipulationsrecht: Klassische Irrtums- und justinianische Dissenslehre.....	124
§ 14 <i>Errantis voluntas nulla est</i> .....	146

### *Drittes Kapitel*

#### **Irrtum und Unmöglichkeit** 160

§ 15 Unmöglichkeit'doktrin im Recht der Stipulation.....	161
--	-----

§ 16 Unmöglichkeitssfälle im Kaufrecht.....	178
§ 17 Unmöglichkeit und Irrtum: <i>Die mensa cooperta pro solida vendita</i> .....	203

*Viertes Kapitel*

**Irrtum und Sachmängelhaftung** 210

§ 18 Die Haftung des Verkäufers nach Trebaz, Labeo und Pomponius.....	211
§ 19 Die Haftung des Verkäufers nach Julian.....	216
§ 20 Sachmängelhaftung und Irrtum: <i>Die mensae quasi citreae emptae</i> .....	225

*Fünftes Kapitel*

**Irrtum und Willensmängel** 229

§ 21 Geheimer Vorbehalt und Scheingeschäft.....	229
§ 22 Täuschung und Zwang.....	250
§ 23 Nachklassische Annäherung von <i>dolus, metus</i> und <i>error</i> .....	267

*Sechstes Kapitel*

**Irrtum, Auslegung und Beweislast** 273

§ 24 Auslegung und <i>quod actum</i> .....	273
§ 25 Auslegungsregeln.....	311
§ 26 Vermutung und Beweislast.....	327

<b>Zusammenfassung</b> .....	348
------------------------------	-----

<b>Quellenverzeichnis</b> .....	355
---------------------------------	-----



## Abkürzungen

- Apathy*, SZ 111      *P. Apathy*, Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht, in: SZ 111 (1994) 95ff.
- Baldus*      *C. Baldus*, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft (1998)
- Cannata*, SDHI 32      *C.A. Cannata*, Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la *culpa debitoris* nelle obbligazioni da *stipulatio in dando*, in: SDHI 32 (1966) 63ff.
- Cornioley*      *P. Cornioley*, *Error in substantia, in materia, in qualitate*, in: St. Grosso II (1968)
- Cuena Boy*      *F. Cuena Boy*, Imposibilidad de la prestación (1992)
- Dulckheit*, FS Schulz I      *G. Dulckheit*, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht, in: FS Schulz I (1951) 148ff.
- Flume*, Eigenschaftsirrtum      *W. Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf (1948)
- Flume*, FS Schulz I      *W. Flume*, Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht, in: FS Schulz I (1951) 209ff.
- Flume*, Rechtsakt      *W. Flume*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (1990)
- Frier*      *B. Frier*, Roman Law and Wine Trade: The Problem of „Vinegar Sold as Wine“, in: SZ 100 (1983) 257ff.

- Gandolfi* *G. Gandolfi*, Studi sull' interpretazione degli atti negoziali in diritto romano (1966)
- Hägerström I, II* *A. Hägerström*, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I (1927), II (1941)
- Hartkamp* *A.S. Hartkamp*, Der Zwang im römischen Privatrecht (1971)
- Haymann* *F. Haymann*, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache I (1912)
- Henle* *R. Henle*, Vorstellungs- und Willentheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung (1910)
- v. Hollander* *H. v. Hollander*, Zur Lehre vom *error* nach römischem Recht<sup>2</sup> (1908)
- Honsell, Quod interest* *H. Honsell*, *Quod interest* im *bonae-fidei-iudicium* (1969)
- Impallomeni* *G. Impallomeni*, Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita Romana, in: SDHI 21 (1955) 157ff.
- Jakobs, Unmöglichkeit* *H.H. Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung (1969)
- Kaden, FS Koschaker I* *E.H. Kaden*, Die Lehre vom Vertragsschluß im klassischen römischen Recht und die Rechtsregel: Non videntur qui errant consentire, in: FS Koschaker I (1939) 334ff.
- Kaser, SDHI 46* *M. Kaser*, ‚Perpetuari obligationem‘, in: SDHI 46 (1980)
- Kaser, SZ 71* *M. Kaser*, Beweislast und Vermutung im römischen Formularprozeß, in: SZ 71 (1954) 221ff.

- Kaser*, SZ 94 *M. Kaser*, Zur *in integrum restitutio*, besonders wegen *metus* und *dolus*, in: SZ 94 (1977) 101ff.
- Krampe*, SZ 100 *C. Krampe*, Die *ambiguitas*-Regel: *Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, in SZ 100 (1983) 185ff.
- Kupisch*, *In integrum restitutio* *B. Kupisch*, *In integrum restitutio* und *vindicatio utilis* bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht (1974)
- Lauria*, Studii *M. Lauria*, L'errore nei negozi giuridici, in: Rivista di diritto civile 3 (1927) 313ff. = Sudii e ricordi (1983) 1ff.
- Lenel*, AcP 123 *O. Lenel*, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, in: AcP 123 (1925) 161ff.
- Leonhard* *R. Leonhard*, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge. Zweiter Teil: Irrtumsfälle in den römischen Rechtsquellen<sup>2</sup> (1907)
- Levy*, IURA 3 *E. Levy*, Beweislast im klassischen Recht, in: IURA 3 (1952) 155
- v. Lübtow*, *Quod metus causa* *U. v. Lübtow*, Der Ediktstitel *Quod metus causa gestum erit* (1932)
- Mayer-Maly*, FG Kaser *T. Mayer-Maly*, *Ambiguitas contra stipulatorem*, in: FG Kaser (1986) 73ff.
- Mayer-Maly*, Mél. Meylan I *T. Mayer-Maly*, Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre, in: Mélanges Meylan I (1963) 241ff.
- Medicus*, *Id quod interest* *D. Medicus*, *Id quod interest*. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes (1962)
- Miquel* *J. Miquel*, Una aportación al estudio del *error in substantia* en la compraventa, in: Anuario de derecho civil 1963, 79ff.

- Partsch*, Nachgelassene Schriften *J. Partsch*, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften, hrg. von F. Pringsheim (1931)
- Partsch*, SZ 42 *J. Partsch*, Die Lehre vom Scheingeschäft im römischen Rechte, in: SZ 42 (1921) 227ff.
- Pringsheim*, SZ 78 *F. Pringsheim*, Id quod actum est, in: SZ 78 (1961) 1ff.
- Pugliese*, Simulazione *G. Pugliese*, La simulazione nei negozi giuridici (1938)
- Pugliese*, RIDA<sup>3</sup> 3 *G. Pugliese*, L'onere della prova nel processo romano *per formulas*, in: RIDA<sup>3</sup> 3 (1956) 348ff.
- Rabel*, Mél. Gerardin *E. Rabel*, Origine de la règle: impossibilium nulla obligatio est, in: Mélanges Gérardin (1907) 473ff.
- Sanfilippo*, *Metus* *C. Sanfilippo*, Il *metus* nei negozi giuridici (1934)
- Schermaier*, *Materia* *M.J. Schermaier*, *Materia*. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht (1992)
- Schermaier*, SZ 115 *M.J. Schermaier*, Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht, in: SZ 115 (1998) 235ff.
- Schulz*, SZ 43 *F. Schulz*, Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht, in: SZ 43 (1923) 171ff.
- Schwarz* *H. Schwarz*, Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraktrecht der klassischen Zeit, in: SDHI 54 (1959) 1ff.
- Simon* *D. Simon*, Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß (1969)

- Sokolowski* *P. Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht I (1902)*
- Stein, Fault* *P. Stein, Fault in the formation of contract in Roman and Scots Law (1958)*
- Troje* *H.E. Troje, Ambiguitas contra stipulatorem, in: SDHI 27 (1961) 93ff.*
- Voci, L'errore* *P. Voci, L'errore nel diritto romano (1937)*
- Wacke, Index 22* *A. Wacke, Errantis voluntas nulla est. Grenzen der Konkludenz stillschweigender Willenserklärungen, in: Index 22 (1994) 267ff.*
- Wacke, SZ 109* *A. Wacke, Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß, in: SZ 109 (1992) 411ff.*
- Wieacker, Mél. Meylan I* *F. Wieacker, Irrtum, Dissens oder gegenstandslose Leistungsbestimmung, in: Mélanges Meylan I (1963) 383ff.*
- Wieacker, FS Nipperdey I* *F. Wieacker, Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, in: FS Nipperdey I (1965)*
- Wieling, Testamentsauslegung* *H.J. Wieling, Testamentsauslegung im römischen Recht (1972)*
- Wolf, Error* *J.G. Wolf, Error im römischen Vertragsrecht (1961)*
- Wollschläger* *C. Wollschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie (1970)*
- Wunner* *S.E. Wunner, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht (1964)*



*Zilletti**U. Zilletti, La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano (1961)**Zitelmann**E. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879)*

## Einführung

I. Prägend für die romanistische Forschung in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts ist eine Kontroverse über die Bedeutung des Irrtums im klassischen römischen Vertragsrecht. Die Wissenschaft hat sich in zwei Lager geteilt, deren Namen Identifikations- und Dissenstheorie und deren Merkmale eine mehr und weniger kritische Haltung zur Authentizität des überlieferten Quellenmaterials sind:

1. Vertreter der Identifikationslehre sind *Joseph Georg Wolf*, *Ugo Zilletti* und *Franz Wieacker*. Ihre erste Ausführung hat sie 1961 in *Wolfs* Abhandlung über ‚*Error* im römischen Vertragsrecht‘ erfahren. Darin kommt *Wolf* zu dem Ergebnis, die klassischen römischen Juristen seien anders als die moderne Rechtsgeschäftslehre nicht vom Willen der Parteien als Grundlage der Vertragsgeltung ausgegangen. Gebunden an den *numerus clausus* verpflichtungsbegründender Verträge, hätten sie nur darauf geachtet, ob sich im Einzelfall die charakteristischen Merkmale des jeweiligen Vertragstyps bestimmen lassen. Werde dieses Ziel wegen eines Mißverständnisses der Parteien verfehlt, scheitere der Vertrag nicht am Irrtum oder versteckten Dissens als Mängel des *consensus*. Entscheidungsgrundlage sei allein der Ausfall des betroffenen Vertragselements, beim Mißverständnis über die Kaufsache der Satz: ‚*nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*‘. Dieser gilt auch für das anfängliche Fehlen der Kaufsache. Er könne unterschiedslos sowohl auf ein Mißverständnis als auch bei einem beiderseitigen Irrtum Anwendung finden. Der Fall sei dies insbesondere beim *error in substantia*. Dieser sei nur beim Kauf ungeformter Masse denkbar, welche allein durch ihre Stoffzugehörigkeit individualisiert werde. Der ausgewählte Gegenstand taugte hier auch dann nicht als Kaufsache, wenn die Parteien ihn zwar ausgesucht, sich aber gemeinsam über sein Material geirrt hätten. Verdeckt sind diese Zusammenhänge nach *Wolfs* Ansicht durch die Lehre der Kompilatoren. Diese hätten als Grundlage der Vertragsbindung den materialen Parteiwillen und die materiale Willenseinigung ausgemacht und die klassischen Texte durch teilweise nur geringfügige Änderungen in ihrem Sinne manipuliert. In der justinianischen Einteilung der Irrtumsfälle nach *error in corpore*, *in pretio*, *in emptione ipsa*, später *in negotio* genannt, wirke freilich noch die klassische Anknüpfung der Nichtigkeitsfolge an den Objektmangel fort.

Zweifel an der Zuverlässigkeit der Quellen, die zuvor schon *Lauria*<sup>1</sup> und *Voci*<sup>2</sup> geäußert haben, bestimmen auch das Urteil von *Zilletti*, dessen Ansicht mit der von *Wolf* im Grundsatz übereinstimmt. Bei der Untersuchung des Vertragsrechts nimmt *Zillettis* ebenfalls 1961 erschienene Arbeit ‚La dottrina dell’ errore nella storia del diritto romano‘ ihren Ausgang von der Struktur des Rechtsgeschäfts. Dieses sei in klassischer Zeit noch untrennbare Einheit gewesen und anders als im justinianischen Recht nicht in die Bestandteile: Wille und Erklärung, zerfallen. Der Irrtum könne daher nicht Willensmangel, seine Behauptung nur Bestandteil der Auslegung des Geschäfts gewesen sein. Führe diese zu keinem Ergebnis, sei Auslöser für die Nichtigkeit des Vertrages die mangelnde Bestimmtheit seines Gegenstandes – eine Lösung, die mit der Unwirksamkeitsfolge bei Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit der Leistung verwandt sei. Im Gegensatz zu *Wolf* erkennt *Zilletti* freilich einen Unterschied in der Haltung der Klassiker. Er betrifft den *error in substantia*, den *Zilletti* nicht auf Geschäfte mit ungeformten Stoffen beschränkt sieht. Seine Beachtung schreibt *Zilletti* einer besonderen Berücksichtigung der sozialen Funktion einer Kaufsache bei Julian und Ulpian zu. Labeo, Pomponius und Marcell hätten sich dagegen ausschließlich an deren materieller Identität orientiert.

Den Auffassungen von *Wolf* und *Zilletti* hat sich *Wieacker*<sup>3</sup> angeschlossen. In der auf die Veröffentlichung beider Untersuchungen folgenden Diskussion verteidigte er die von ihm so getaufte Identifikationstheorie vor allem mit zwei Argumenten: Zum einen sei die Nichtigkeitsfolge in den klassischen Quellen auf Mißverständnisse beschränkt, die eines der für den jeweiligen Vertragstyp konstitutives Element betreffen. Zum anderen machten die klassischen Juristen keinen Unterschied in der Beurteilung von ein- und beiderseitigem Substanzirrtum. Daß die Entscheidung in beiden Fällen gleichermaßen danach ausfalle, ob *aliud pro alio* zum Verkauf komme, hält *Wieacker* für unvereinbar mit einer Vertragslehre, bei der sich die Nichtigkeitsfolge aus der fehlenden Willensübereinstimmung ergibt.<sup>4</sup>

2. Nur dem ersten dieser beiden Einwände begegnen *Theo Mayer-Maly* und *Sven Erik Wunner*. Beide springen der von der Identifikationslehre attackierten Dissenstheorie bei, die den Ursprung des Gebots der Willensübereinstimmung<sup>5</sup> seit *Dulckeit*<sup>6</sup> und *Kaser*<sup>7</sup> in der *bona fides* und den hiervon beherrschten Kon-

<sup>1</sup> Op. cit., siehe vor allem S. 28ff.

<sup>2</sup> L’errore, vgl. vor allem die Schlußfolgerungen S. 266ff.

<sup>3</sup> Mél. Meylan I und SZ 80 (1963), 465ff.

<sup>4</sup> Daß diese Ulpian’s Entscheidung zum gemeinsamen Irrtum in D 18.1.14 nicht zu lösen vermag, macht schon *Wolf*, *Error* 157 N. 199 geltend. Ebenso *Cornioley* 259.

<sup>5</sup> Dieses verteidigt auch *Olde Kalter*, *Dicta et promissa* (1963) 108ff., 158f.

<sup>6</sup> FS Schulz I.

<sup>7</sup> RP I<sup>2</sup> (1971) 237f.

sensualverträgen ortet. *Mayer-Maly*<sup>8</sup> möchte Identifikations- und Dissenstheorie vereinen, indem er in der materialen Willenseinigung gerade das Mittel zur Bestimmung des Leistungsgegenstandes sieht.<sup>9</sup> *Wunner*, der dem Irrtum einen erheblichen Teil seiner 1964 veröffentlichten Monographie zum ‚*Contractus*‘ widmet, wendet sich mit aller Kraft gegen die Identifikationstheorie. Daß der Leistungsgegenstand bestimmt sein müsse, erklärt er zur Grundwahrheit, welche die Frage nach dem Mittel seiner Bestimmung gerade offenlasse.<sup>10</sup> Die Bindung an einen *numerus clausus* bestimmter Vertragstypen bewirke nur eine Reduktion des Konsenserfordernisses auf die *essentialia negotii*. Hier verlange jedoch zumindest die hochklassische Jurisprudenz schon eine Willenseinigung der Parteien als Voraussetzung und Grund der Vertragsgeltung. Das Konsenserfordernis habe eine fallweise Berücksichtigung des Irrtums im Rahmen der *aequitas* abgelöst. *Wunners* und *Mayer-Malys* Hauptargument gegen die Identifikationstheorie ist deren Abhängigkeit von zahlreichen Interpolationsvermutungen.

Dem von beiden vernachlässigten Problem einer Vertragsnichtigkeit trotz gemeinsamen Irrtums der Parteien widmet sich *Dieter Medicus*<sup>11</sup>, der ebenso wie *Mayer-Maly* nach einer Verbindung von Dissens- und Identifikationstheorie strebt. Daß ein Vertrag trotz gleichgerichteter Parteivorstellungen unwirksam sein kann, erklärt er damit, daß der Konsens der Vertragsparteien zwar notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung der Vertragsgeltung gewesen sei. Eine positive Antwort auf die Frage, warum ein Vertrag trotz Willensübereinstimmung für unwirksam gehalten werden konnte, gibt *Werner Flume*. Er hat die Aussagen der römischen Juristen zum *error* im Vertragsrecht noch vor Aufkommen der Identifikationstheorie als Dissensentscheidungen gedeutet<sup>12</sup> und diese Auffassung später vehement verteidigt.<sup>13</sup> In seiner Untersuchung von ‚Eigenschaftsirrthum und Kauf‘ aus dem Jahre 1948<sup>14</sup> erklärt *Flume* den *error in substantia*, auf den sich die klassischen Entscheidungen zum gemeinsamen Irrtum allein richten, aus einem Mangel des römischen Gewährleistungsrechts. Da dieses seine Grundlage in den besonderen Rechtsschutzverheißungen der Ädilen und nicht im Kaufvertrag gehabt habe, sei den klassischen Juristen bei einem regelrechten Anderssein der Kaufsache als Ausweg nur die Nichtigkeitsfolge geblieben. Deren Grund sei nicht der ein- oder zweiseitige Irrtum der Par-

---

<sup>8</sup> Op. cit.

<sup>9</sup> Ebenso später *Zimmermann*, *The Law of Obligations* (1990) 589 und *Meyer-Pritzl*, *Mél. Schmidlin* (1998) 99ff.

<sup>10</sup> S. 198 N. 17.

<sup>11</sup> SZ 82 (1965) 454f.

<sup>12</sup> FS Schulz I 236ff.

<sup>13</sup> Siehe TR 30 (1962) 364ff. und 33 (1965) 108ff.

<sup>14</sup> Und zuvor schon in SZ 54 (1934) 328ff.