

# Willenstheorie oder Erklärungstheorie?

HEINRICH HONSELL

## Inhaltsübersicht

- I. Die Willenstheorie im schweizerischen Recht
- II. Die Erklärungstheorie im deutschen Recht
- III. Historischer Hintergrund
- IV. Praktische Auswirkungen
- V. Zusammenfassung

## I. Die Willenstheorie im schweizerischen Recht

Nach modernem Verständnis besteht das Rechtsgeschäft aus einer oder mehreren Willenserklärungen. Die Willenserklärung, gewissermassen die kleinste Einheit des Rechtsgeschäfts, enthält wie schon der Name sagt, zwei Elemente: Ein subjektives, den Willen, und ein objektives, die Erklärung. Von dieser Willenserklärung handelt Art. 1 OR. Danach wird der Vertrag durch Austausch übereinstimmender Willensäusserungen geschlossen. Beide Begriffe sind identisch. Die Vorschrift stellt auf den geäusserten Konsens ab, also auf die Erklärung, nicht etwa auf den inneren Willen. Das wird im Text aller drei Sprachen deutlich: Der deutsche Text spricht von Willensäusserung, der französische von manifestation de volonté und der italienische von manifestazione della volontà. In Widerspruch zu diesem eindeutigen Gesetzestext behauptet die ganz herrschende Lehre in Literatur und Judikatur, das konstituierende Element des Vertrages sei nicht die Willenserklärung, sondern der übereinstimmende innere (psychologische, wirkliche, tatsächliche usw.) Wille.

Allerdings modifiziert die h. L. die Willenstheorie durch das Vertrauensprinzip. Sie unterscheidet tatsächlichen (empirischen, subjektiven) Konsens und normativen (objektivierenden) Konsens<sup>1</sup> und gibt bei Divergenz dem letzteren den Vorrang. Die durch das Vertrauensprinzip gemilderte Willenstheorie entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts. So heisst es etwa in BGE 123 III 35, 39 E. 2b: „Im schweizerischen Vertragsrecht gilt bei Fragen des Konsenses oder der Auslegung der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten ...“ oder in BGE 125 III 305, 308 E. 2b: „Lorsque la volonté intime et concordante des parties ne peut pas être établie, le juge doit rechercher leur volonté présumée en interprétant leurs déclarations de volonté selon le principe de la confiance“. Des Weiteren gibt es etliche Urteile, die zwischen tatsächlichem und normativem Konsens unterscheiden oder darauf hinweisen, dass das Bundesgericht zwar Feststellungen zum tatsächlichen (empirischen) Konsens nicht überprüfen kann, wohl aber solche zum normativen (objektiven)<sup>2</sup>.

Die Literatur folgt dem kritiklos. So heisst es etwa bei Gauch/Schluép/Schmid/Rey<sup>3</sup>: „Auszugehen ist vom Normalfall, in dem jede Partei die andere tatsächlich richtig verstanden (deren wirklichen Willen also erkannt) hat“ und weiter: „Vom Normalfall zu unterscheiden ist der (pathologische) Fall, in dem mindestens eine der Parteien die andere nicht tatsächlich richtig verstanden (deren wirklichen Willen also nicht erkannt) hat“<sup>4</sup>. Ähnlich schreibt Schwenger<sup>5</sup>: „Kann hingegen ein übereinstimmender gemeinsamer Wille der Parteien nicht festgestellt werden, so sind die Willenserklärungen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen“. Ebenso sagt Bucher<sup>6</sup> im Basler Kommentar: „Der Vorrang des Erklärten gegenüber dem Gewollten gilt nur im Fall der Divergenz, während bezogen auf übereinstimmenden Parteiwillen der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten gilt“.

<sup>1</sup> Näher BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 11 ff. m.w.Nw.

<sup>2</sup> Vgl. aus neuerer Zeit etwa BGE 126 III 25 E. 3c; 126 III 379; 125 III 435 E. 2a; 124 III 363 E. 5a; 123 III 165 E. 3a; kritisch dazu zurecht BK-KRAMER, OR 18 N 74 ff.; s. auch BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 42.

<sup>3</sup> Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (8. Auflage 2003), Band I, N 309 ff., 310.

<sup>4</sup> A.a.O., N 315.

<sup>5</sup> Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (3. Auflage 2003), N 29.02.

<sup>6</sup> BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 3 ff.

Schliesslich schreibt auch Kramer<sup>7</sup> im Berner Kommentar: „Art. 1 Abs. 1 scheint in Bezug auf den Konsensbegriff auf die übereinstimmenden Willenserklärungen abzustellen, steht – so interpretiert – aber in ungeklärtem Verhältnis zu Art. 18 und im Übrigen auch zu Art. 23 ff. OR, welche die Bedeutung des Vertragswillens in den Vordergrund stellen“.

Der falsche Ansatz der h. L. wird – wie wir gesehen haben – durch das Vertrauensprinzip entschärft. Der Jubilar<sup>8</sup>, dem diese Zeilen in Freundschaft gewidmet sind, hat – freilich im Zusammenhang mit der Vertrauenshaftung – die Frage aufgeworfen, ob diese Blume sei oder Unkraut im Garten des Rechts. Er hat sich für Blume entschieden und man darf gespannt sein, wie er die Rolle des Vertrauens in unserem Kontext sieht.

Das Vertrauen ist fraglos eines der wichtigsten Prinzipien unserer Rechtsordnung. es hat aber nicht die Funktion eines Allklebemittels zur Reparatur verfehlter Dogmatik. Es ist, was gelegentlich verkannt wird, an ganz prominenter Stelle, nämlich in Art. 2 ZGB verankert<sup>9</sup>. Die beiden Begriffe des Hendiadyoins „Treu und Glauben“ verweisen auf das Vertrauen als juristisch-ethische Kategorie. Der Begriff "glauben" ist im Sinne von "vertrauen" zu verstehen, lateinisch credere, das ursprünglich das Vertrauen des Gläubigers in die Rückzahlung eines Darlehens bezeichnet. Aber auch die Treue hängt mit dem Vertrauen zusammen, wengleich sich beide Begriffe nur in einem Teilbereich decken. „Treue“ kommt etymologisch von „trauen“, ebenso wie das lateinische fides, das vom griechischen pistis (Vertrauen) entlehnt ist.

Die Orientierung an Treu und Glauben trägt ein objektivierendes Element in die Vertragsauslegung hinein. Es kommt nicht darauf an, was der Erklärende gemeint hat, sondern darauf, wie der Adressat die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen durfte. Entscheidend ist nach dem sog. Vertrauensprinzip also der Empfängerhorizont<sup>10</sup>. Das Vertrauensprinzip betrifft die Auslegung von Willenserklärungen. Man kann aber nur Erklärungen auslegen, nicht den regelmässig unbekanntem, direkt nicht zugänglichen inneren Willen. Mit der Anerkennung des Vertrauensprinzips kehrt man quasi automatisch zur Erklärungstheorie zurück. Dass Willenserklärungen nach Treu und Glauben aus der Sicht des redlichen Empfängers zu interpretieren sind, ist selbstverständlich, spielt aber nur eine Rolle, wenn die Erklärung unklar oder mehrdeutig ist. Dann kommt die Auslegung zum Zuge, und hier ist das Vertrauen ein Kriterium unter mehreren. Nach dem Vertrauensprinzip muss der Erklärende die *Erklärung* so gegen sich gelten lassen, wie sie der andere nach Treu und Glauben verstehen musste und durfte, auch wenn er die Erklärung anders gemeint hat. Die h.L. rekurriert allein zu dem Zweck auf das Vertrauensprinzip, das falsche Willensdogma scheinbar aufrecht zu erhalten. Deshalb hat man auch den (entbehrlichen) Begriff des „normativen Konsenses“<sup>11</sup> erfunden. In Wahrheit tritt der normative Konsens nicht an die Stelle des tatsächlichen Willens und es ist nicht der Wille, der durch das Vertrauensprinzip modifiziert wird, sondern die unklare oder mehrdeutige Erklärung, die interpretiert wird. Dies gilt unabhängig davon, ob die Erklärung schriftlich, mündlich oder nur konkludent abgegeben wurde. Stets ist es die Erklärung, deren Inhalt durch das Vertrauensprinzip festgestellt wird und nicht der innere Wille. Die h.L. hingegen benutzt das Vertrauensprinzip, um trotz des unrichtigen und unpraktischen Willensdogmas zum richtigen Ergebnis zu kommen. Setzt man richtig bei der Erklärung an, ist es überflüssig, stets gebetsmühlenartig auf den normativen Konsens zu verweisen, nachdem man zuvor (im Streitfall in der Regel vergeblich) nach dem tatsächlichen Konsens gefragt hat. Das Vertrauen kommt nur und erst im Rahmen der Auslegung ins Spiel, wenn die Erklärung nicht klar ist. Wer einen von einer Erklärung abweichenden Willen behauptet, kann sich nicht auf Dissens berufen, wenn der Sinn der Erklärung eindeutig ist oder durch eine Auslegung nach Treu und Glauben feststellbar ist. Er ist wegen des in den Erklärungen manifestierten Konsenses an den Vertrag gebunden und kann seinen abweichenden Willen lediglich nach den für ihn ungünstigeren Vorschriften über den Irrtum geltend machen (Art. 23 ff. OR), sofern die dortigen Voraussetzungen erfüllt sind. Es gilt der Satz, "Auslegung geht vor Anfechtung". Der Dissens als Kontradiktion des Konsenses betrifft nur die Fälle, in denen die Erklärungen nicht zusammenpassen, sei es versteckt, bei Mehrdeutigkeit der Erklärung, welche die Parteien verschieden verstanden haben, sei es offen, wenn die Erklärungen eindeutig sind, aber divergieren, ohne dass die Parteien dies bemerkt haben.

Die richtige Auffassung im Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie hat schon Andreas von Tuhr<sup>12</sup> vertreten: „Die im Rechtsgeschäft enthaltene rechtsgestaltende Macht ist vom Gesetz nicht dem

<sup>7</sup> BK-KRAMER, OR I N 2.

<sup>8</sup> HANS PETER WALTER, Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?, ZSR NF 120 (2001) I, 79 ff.

<sup>9</sup> Ja sogar in der Bundesverfassung, vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV.

<sup>10</sup> BG 116 Ia 56 ff., 58; 113 II 49 ff., 50; 93 II 272 ff., 275; 93 I 506 ff., 511; 90 II 449 ff., 454; 87 II 234 ff., 242; 80 II 26 ff., 31; 69 II 322; aus der Lit. BK-KRAMER, OR I N 121; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 309 ff., 1222 ff.; INGEBORG SCHWENZER, OR AT, N 29.02; HAUSHEER/JAUN, N 3.34 ff.; THOMAS KOLLER, OR AT I, N 375 f.; BGE 123 III E. 2b; 119 II 396 ff., 397; 119 II 177 ff.; 116 II 695 ff.; 115 II 484 ff.

<sup>11</sup> Zu dem Begriff KRAMER, Grundfragen der vertraglichen Einigung (1972), 60 ff., 97 ff., 126 ff. m.w.Nw.; BK-KRAMER, OR I N 126 ff., OR 18 N 67 ff.

<sup>12</sup> Von TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (3. Auflage 1979), 158. Richtig auch CR CODESSEMONTET, art. 1 CO N 8.

inneren Willen des Menschen beigelegt, weil der Wille als psychologischer Vorgang nicht direkt erkennbar ist, sondern nur aus dem äusseren Verhalten des Menschen mit grösserer oder geringerer Sicherheit geschlossen werden kann.“

Wie kommt es, dass eine so klare gesetzliche Regelung wie die des Art. 1 Abs. 1 OR von Doktrin und Praxis negiert oder ignoriert wird? Der Grund dafür liegt darin, dass die im 19. Jahrhundert entwickelte Theorie vom vertragsbegründenden Konsens als übereinstimmendem inneren Willen in der Schweiz ungeachtet der abweichenden Gesetzesdefinition auch nach Inkrafttreten des Obligationenrechts beibehalten wurde. Die Betonung des inneren Willens in der Pandektendoktrin des 19. Jahrhunderts hatte verschiedene Gründe, die hier nicht im einzelnen untersucht werden können. Insbesondere mag die Idee des freien, selbstverantwortlichen Individuums und der Privatautonomie eine Rolle gespielt haben. Indessen hat unsere Frage damit nichts zu tun. Die Privatautonomie verlangt, dass die Parteien das Recht haben aufgrund freien und autonomen Entschlusses Verträge zu schliessen. Von da aus lässt sich die starke Betonung der Irrtumsanfechtung erklären. Die Privatautonomie erfordert aber nicht, dass an Stelle des von den Parteien erklärten Wortes der innere Wille tritt<sup>13</sup>. Die Parteien müssen nicht ein Herz und eine Seele sein, dasselbe wollen und dasselbe nicht wollen, wie Sallust die beständige Freundschaft beschreibt<sup>14</sup>. Es genügt wenn sie sich mit den vorhandenen Verständigungsmitteln, also zu allererst mit der Sprache in Wort oder Schrift verständigt haben. Auch im Sonderfall der Eheschliessung, die ebenfalls seit jeher durch Vertrag erfolgt, gilt nichts anderes. Das idem velle mag für eine harmonische Ehe eine gewisse Rolle spielen, die Eheschliessung erfolgt allein durch das Ja-Wort<sup>15</sup>. Ein abweichender Wille, also ein geheimer Vorbehalt (*reservatio mentis*) ändert an dessen Gültigkeit nichts. Nur das katholische Kirchenrecht glaubt hiervon abweichen zu können. Es anerkennt – *difficile satiram non scribere* – den geheimen Vorbehalt (*reservatio mentis*) bei der Eheschliessung als Nichtigkeitsgrund. Ein Verkehrsrecht kann sich darauf nicht einlassen; es kann aber auch beim Vertrag nicht den inneren Willen ermitteln, sondern muss sich an den erklärten Willen halten.

Zur Begründung der Willenstheorie beruft sich die h.L. auf ein systematisches Argument, das in Wahrheit ein Scheinargument ist. Man behauptet, Art. 18 Abs. 1 OR normiere der Vorrang des Willensprinzips und löst den angeblichen Widerspruch zwischen Art. 1 und Art. 18 OR zugunsten des Letzteren. Nach dieser Vorschrift ist „bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen“. Die Marginalie lautet: "D. Auslegung der Verträge. Simulation".

Das Abstellen auf den Willen in Art. 18 I OR ist durchaus sachgerecht, weil es auf die beiden im Relativsatz genannten Fälle der *falsa demonstratio* und der *Simulation* begrenzt ist. Steht ein übereinstimmender Wille der Parteien fest, so ist in der Tat nur dieser entscheidend. Trotz der Marginalie, die den Satz *falsa demonstratio non nocet* zur "Auslegung der Verträge" verallgemeinert, bleibt im Gesetzestext der Vorrang des übereinstimmenden wirklichen Willens vor der unrichtigen Bezeichnung oder Ausdrucksweise auf die Fälle der *falsa demonstratio* und *Simulation* beschränkt. Das galt schon im römischen Recht und wurde in der Dogmengeschichte nie in Zweifel gezogen. Es ist selbstverständlich, dass es nur auf den Willen ankommt, wenn dieser von den Parteien übereinstimmend bekundet wird. Die Norm sagt aber nichts über einen generellen Primat des Willens über die Erklärung. Sie hilft lediglich dem gemeinsamen natürlichen Konsens zum Durchbruch, wenn die Parteien fahrlässig aus Irrtum oder absichtlich zum Zwecke der *Simulation* etwas anderes gesagt als gemeint haben.

Die h.L. macht daraus ein allgemeines Prinzip und behauptet, der Vorrang des Willens gehe weit über den Anwendungsbereich des Art. 18 I hinaus. So schreibt Kramer im Berner Kommentar zu Art. 18<sup>16</sup>, nachdem er zuvor den Primat des Willens dargelegt hat<sup>17</sup>: „Artikel 18 I regelt zwei ‚pathologische‘ Sondertatbestände ... . Im vorausgehenden III. Kapitel [N 16 ff.] wurden aus diesen Regelungen allgemeine Aussagen über den Konsensbegriff und die Methode der Vertragsauslegung abgeleitet“. Übereinstimmend kann man bei Wiegand<sup>18</sup> im Basler Kommentar lesen: „Art. 18 enthält eine für das schweizerische Privatrecht zentrale Regel. Dies ist deshalb nicht auf den ersten Blick erkennbar, weil die Regelung sich dem Wortlaut nach nur auf einen Spezialfall bezieht: Bei Nichtübereinstimmung von Vertragstext und Vertragswillen soll bei der Beurteilung des Vertrages auf den wirklichen Willen der Parteien abgestellt werden. Dieser Grundsatz soll nach der Marginalie für die Auslegung von Verträgen gelten. Seine wirkliche Bedeutung geht weit darüber hinaus. Art 18 enthält den primären und prinzipiellen Ansatz für die

<sup>13</sup> Anders BSK OR I-WIEGAND Atr. 18 N 1.

<sup>14</sup> Vgl. das Motto.

<sup>15</sup> Zur römischen Eheschliessung s. unten III.

<sup>16</sup> A. a. O., OR 18 N 82.

<sup>17</sup> A. a. O., OR 18 N 16 ff.

<sup>18</sup> BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 1.

Auslegung von Willenserklärungen im schweizerischen Recht. Bei jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung ist demnach zunächst und in erster Linie auf den wirklichen Willen des Erklärenden abzustellen. Diese Auffassung entspricht der Willenstheorie und basiert zugleich auf dem Prinzip der Privatautonomie ...“.

Man zäumt das Pferd vom Schwanz auf, wenn man aus der Ausnahme (Art. 18 Abs. 1 OR) eine Regel macht, die das allgemeine Prinzip (Art. 1 Abs. 1 OR) ausser Kraft setzt. Ein vom Wortlaut abweichender Wille ist (vom Irrtum abgesehen) nur relevant, wenn die Parteien im Willen übereinstimmen, daneben gibt es noch den Fall der Scherzserklärung (vgl. z.B. § 118 BGB "Mangel der Ernstlichkeit"). Auch der bereits erwähnte geheime Vorbehalt (vgl. z.B. § 116 BGB) ist unbeachtlich<sup>19</sup>.

## II. Die Erklärungstheorie im deutschen Recht

In Deutschland normiert § 133 BGB den Vorrang des Willens in einer allgemeinen Formulierung, ohne die Beschränkung auf *falsa demonstratio* und *Simulation*. § 133 BGB lautet: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“. Trotz dieser gesetzlichen Vorgabe gewann alsbald die Erklärungstheorie die Oberhand. Die Modifikation durch das Vertrauensprinzip gilt natürlich auch hier. Dieses ist sogar gesetzlich normiert. Für die Auslegung von Verträgen bestimmt § 157 BGB: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“.

Die gesetzliche Ausgangslage ist also in der Schweiz und in Deutschland diametral verschieden. Hier der Primat der Erklärung (mit zwei klar umrissenen Ausnahmen) dort der Primat des Willens gegenüber dem Wortlaut. Judikatur und Doktrin haben daraus jeweils das Gegenteil gemacht: In Deutschland geht man von der Erklärungstheorie aus, in der Schweiz von der Willenstheorie. In praxi ist der Unterschied freilich geringer, als es auf den ersten Blick den Anschein hat, denn in beiden Ländern gilt das Vertrauensprinzip.

## III. Historischer Hintergrund

Wie kam es zu diesen Streitfragen und Unklarheiten? Zur Beantwortung dieser Frage ist ein Exkurs in die Geschichte notwendig, der uns bis in die antike Rhetorik führt. Namentlich in Gerichtsprozessen ging der Streit um den Inhalt von Gesetzen oder Verträgen. Die rhetorischen Quellen betreffen überwiegend die Gesetzesauslegung, die wir im folgenden kurz einbeziehen. Stand der Sachverhalt (im Strafverfahren: die Tat) fest, so konnte man im sog. *status legalis* über die richtige Subsumtion streiten. Die Argumentation folgte dann dem Muster, "ich habe das getan, aber es fällt nicht unter das Gesetz". Bei der Gesetzes- oder Vertragsauslegung steht zunächst der Wortlaut im Vordergrund, doch es bleibt nicht aus, dass sich die Partei, welcher der Wortlaut ungünstig ist, auf einen abweichenden Sinn des Gesetzes zu berufen sucht. Die Frage war dann: gilt der Wortlaut oder der Wille des Gesetzgebers, bzw. der Sinn des Gesetzes. Das war der *status scriptum – sententia* oder *verba – voluntas*<sup>20</sup>. In der lateinischen Antike ist die wichtigste Quelle der Überlieferung Cicero.

Rhet. Herennium<sup>21</sup>: *Ex scriptum et sententia controversia nascitur, cum videtur voluntas cum scripto dissentire ...*

Cicero de inventione: *Ex scripto et sententia controversia consistit, cum alter verbis ipsis, quae scripta sunt, utitur, alter ad id, quod scriptorem sensisse dicet, omnem adiungit dictionem.*

Die Kontroverse besteht also darin, dass sich die eine Partei auf das geschriebene Wort beruft, die andere einen abweichenden Willen behauptet.

Diese Dichotomie aus der rhetorischen Statuslehre stand allerdings nicht für einen methodischen Streit zwischen Anhängern einer Erklärungs- und einer Willenstheorie. Vielmehr waren es nur rhetorische Topoi, praktische Anweisungen, wie man bei der Vertrags- oder Gesetzesauslegung jeweils zu Gunsten des Standpunkts der eigenen Partei argumentieren konnte<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Im schweizerischen Recht sind diese Tatbestände nicht normiert, die Fälle werden aber genauso gelöst.

<sup>20</sup> Grundlegend dazu JOHANNES STROUX, *Summum ius summa iniuria* (1949); s. ferner UWE WESEL, *Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen* (1967) 30 ff.; HEINRICH HONSELL, *FS Kaser* (1976), 111, 114 f.; teilweise abweichend BERNARD VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi* (1968). Näheres dazu in meinem Beitrag für die *FS Kramer* (2004).

<sup>21</sup> Die moderne Forschung nimmt immer noch an, dass dieses Werk nicht von Cicero stammt, doch sind die Gründe wenig überzeugend.

<sup>22</sup> Die rhetorische Topik hatte ausgefeilte Argumentationskataloge; die Topoi der griechischen Rhetorik waren (wörtlich) die Orte (oder auch "Gemeinplätze"), wo man die Argumente finden konnte. Der moderne von THEODOR VIEHWEG in dem berühmten gewordenen Buch *Topik und Jurisprudenz* (1953, 5. Aufl. 1974) geprägte Begriff setzt Topik mit Problemdenken im Sinne Nicolai Hartmanns gleich. Das hat mit der rhetorischen Topik nichts zu tun.

In der Antike gab es für beide Fälle einen Topos, einen der auf die voluntas abstellt und einen zugunsten der verba. Sie sind auch in den Digesten überliefert: „Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio – Wenn in den Worten keine Doppeldeutigkeit ist, darf man die Frage nach dem Willen nicht zulassen“<sup>23</sup>. Das ist die berühmte sens clair-Regel: „In claris non fit interpretatio“. Ihr Gegenstück lautete: „In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit – Bei den Verträgen hielt man es für richtig, mehr auf den Willen zu schauen, als auf die Worte“<sup>24</sup>. Das ist das historische Vorbild von § 133 BGB und der Vorläufer der Regel falsa demonstratio non nocet (Art. 18 I OR). Diese und andere Topoi haben als methodische Auslegungsregeln in zahlreiche moderne Kodifikationen Eingang gefunden (vgl. z.B. Art. 1156 Code civil und Art. 1362 Codice civile). Ihr Verständnis in der Antike war indes ein anderes: Je nachdem, welches Ergebnis man wollte, berief man sich auf das eine oder das andere Argument, stellte auf den Wortlaut oder auf den Willen ab.

Vergleichbare Topoi findet man bei der Gesetzesauslegung, die sich von der Auslegung des Rechtsgeschäftes im Wesentlichen nur durch eine stärkere Objektivierung unterscheidet. Der berühmte Satz des Celsus<sup>25</sup>: „Scire legis non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem – Die Gesetze kennen heisst nicht, an ihren Worten zu haften, sondern ihren Sinn und Zweck (wörtlich: "Kraft und Macht") zu erfassen“, der noch heute wegen seiner Wahrheit und Richtigkeit gerühmt und gern als Inschrift auf Gerichtsgebäuden oder juristischen Bibliotheken verwendet wird, war nicht, wie wir ihn heute verstehen, Maxime der teleologischen Gesetzesauslegung mit alleinigem Geltungsanspruch, sondern ein rhetorischer Topos gegen ein starres Haften am Wort. Einen ganz ähnlichen Satz finden wir in der antiken Rhetorik, die für wahre und grosse Sätze unverdächtig ist. So heisst es bei Quintilian<sup>26</sup>: „Multo ergo inveniuntur frequenter, quae legum verbis non teneantur, sed vim ac potestatem.“ Der Satz stammt ganz offensichtlich aus derselben Quelle wie das eleganter dictum des Celsus. Wie etwa die Gegenposition argumentieren konnte, kann man bei Cicero<sup>27</sup> lesen: „Iudicem legi parere, non interpretari legem oportere ... eos qui iudicent certum quod sequantur nihil habiturus, si semel ab scripto recedere consueverint – Der Richter muss dem Gesetz gehorchen, er darf es nicht interpretieren ... die Richter hätten keinen sicheren Halt mehr, wenn sie sich einmal daran gewöhnt hätten, vom Gesetz abzuweichen.“ Die Partei, die sich auf den Wortlaut des Gesetzes berief, beschwor die Heiligkeit der Gesetze. Die andere, die den Wortlaut gegen sich hatte, betonte den Sinn und argumentierte mit der notwendigen Lückenhaftigkeit des Gesetzes usw. Es ist der uralte Gegensatz zwischen formalem Recht und Billigkeit. Die Entscheidung für den Wortlaut des Gesetzes, der die Rechtssicherheit verkörpert oder den Sinn des Gesetzes, der die Einzelfallgerechtigkeit repräsentiert, hing ganz vom jeweiligen Standpunkt ab. Für die Vertragsauslegung galt der status verba voluntas ebenfalls. Der Streit ging hier um die Frage, ob der Wortlaut des Vertrages gelten sollte oder ein etwa abweichender Wille der Kontrahenten. In diesem Sinne sagen wir noch heute, dass die Gesetze objektiv ausgelegt werden, Verträge subjektiv.

In der antiken Rhetorik übte man an Hand der Topoikataloge die Argumentation für die konträren Positionen eines Falles, also für beide Seiten, den Ankläger und den Angeklagten (in utramque partem disputare). Der berühmteste Redner, Protagoras v. Abdera, hielt es für die höchste Redekunst, der schlechteren Position zum Sieg zu verhelfen, die schwächere Position zur stärkeren zu machen<sup>28</sup>. Dieses Ziel der Rhetorik, aus Schwarz Weiss zu machen, hat seit jeher die Kritik auf den Plan gebracht und zum Verruf der Rhetorik und der Sophistik geführt. So lautete etwa die Anklage im Prozess gegen Sokrates<sup>29</sup>: „Er lehrt sie (sc. die Jugend), die himmlischen und unterirdischen Erscheinungen und verleitet sie dazu, nicht an Götter zu glauben und die schwächere Sache zur stärkeren zu machen“. Mit der Aufklärung des 18. Jahrhunderts begann die Bedeutung der Rhetorik zu schwinden, ein Prozess der sich im 19. Jahrhundert vollendete. Die Rhetorik galt jetzt als Blendwerk. Man verbannte sie aus den Parlamenten und aus den Gerichtshöfen, denn überall ging es – so meinte man – nur um die Wahrheit, die durch verderbliche Rhetorik nur entstellt werden konnte. Zuvor hatte Rhetorik seit dem Mittelalter Jahrhunderte lang zur Allgemeinbildung des trivium gehört, und war an den Universitäten im ersten Studienjahr im Rahmen des studium generale unterrichtet worden.

Im 19. Jahrhundert verkannte man nicht nur den Wert der Rhetorik, sondern auch den topisch-dialektischen Charakter des status verba - voluntas. Die Begriffsjurisprudenz machte daraus Theorien mit Wahrheits- und Alleingeltungsanspruch: Willens- und Erklärungstheorie. Dieser Streit beschäftigte die Gelehrten in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts. Gegen Ende desselben gewann die modifizierte

---

<sup>23</sup> Paulus, Dig. 35, 25, 1.

<sup>24</sup> Papinian, Dig. 50, 16, 219.

<sup>25</sup> Dig. 1, 3, 17.

<sup>26</sup> Declamationes mai. 331.

<sup>27</sup> De inventione 2, 127 f.

<sup>28</sup> Protagoras bei Aristoteles, Rhet. B 24, 1402a 23; vgl. DIELS/KRANZ Fragmente der Vorsokratiker II 260.

<sup>29</sup> Platon, Apol. 23d.

Erklärungstheorie die Oberhand<sup>30</sup>. Hingegen orientierten sich die Verfasser des BGB<sup>31</sup> hier wie so oft an Bernhard Windscheid<sup>32</sup>, der Anhänger der Willenstheorie war. Darauf, dass Erklärungen so auszulegen sind, wie sie der redliche Verkehr versteht, hatte u.a. schon Rudolf v. Jhering<sup>33</sup> hingewiesen. Auf dieser Tradition beruht § 157 BGB. Die nur scheinbar einen Primat des Willens statuierende Vorschrift von § 133 BGB war nicht als Bekenntnis zur Willenstheorie gedacht, sondern als Ablehnung einer am Wortlaut klebenden Buchstabenjurisprudenz. Allgemein gültige Regeln gibt es freilich nicht. Einerseits ist ein sklavisches Festhalten am Wort nicht angebracht. Andererseits gilt es, gekünstelte Deuteleien und Advokatenrabulistik abzuwehren.

Wissen wir jetzt, dass die historischen Vorläufer unserer normativen Regeln nur die jeweils eine Seite eines dialektischen Begriffspaars waren, so lässt sich für den Vertrag oder das einseitige Rechtsgeschäft ein genereller Vorrang des Willens vor dem Wortlaut nicht länger behaupten.

Noch nicht beantwortet ist damit freilich die Frage, wie es zum Primat des Willens über die Erklärung in der juristischen Dogmatik kommen konnte. Auch hier müssen wir auf die Geschichte zurückgreifen. Im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts war die Frage noch offen. Aus dem römischen Recht war überliefert, dass der Wille das entscheidende Kriterium des Vertrages sei. Dies galt allerdings nur für die (formfreien) Konsensualverträge. Bei den förmlichen Geschäften, wie bei der Stipulation, der Manzipation oder dem Testament, kam es allein auf den Wortlaut an. Nur im Gegensatz zu den historisch älteren Formverträgen kam man im römischen Recht zu dem Satz, dass für alle (vom Prätor entwickelten) formfreien Verkehrsgeschäfte der Konsens der Parteien genügt. Daher der Name „Konsensualverträge“. Der Begriff wurde im Gegensatz zum förmlichen Erklärungsgeschäft der Stipulation entwickelt. Der Unterschied wird auch am Beispiel der verschiedenen Arten der römischen Eheschließung deutlich. Nur bei der alten förmlichen *confarreatio* galt wie bei der Stipulation die solenne Frageform: "an sibi pater sc. materfamilias esse vellet?"<sup>34</sup>. Bei der gewöhnlichen Ehe genügte der Konsens (*consensus facit nuptias* – der Konsens begründet die Ehe), der aber ebenfalls durch Urkunden oder mündliche Verträge erklärt oder durch bestimmte Hochzeitsbräuche manifestiert wurde<sup>35</sup>. Es war ja ein enormer Fortschritt, dass durch die prätorische Rechtsfortbildung neben die altzivilen, den römischen Bürgern vorbehaltenen, förmlichen Geschäfte neue Vertragstypen traten, die nur auf den *consensus* der Parteien abstellten. Damit war freilich nicht, wie erst ein späteres Missverständnis annahm, ein innerer, psychologischer Wille gemeint, sondern ein von den Parteien *geäußertes* formfreier Wille. Der Wille muss ja stets (zumindest konkludent) erklärt werden, wenn es zu einem Vertragsschluss kommen soll. Bei den Konsensualkontrakten beruhte die Verpflichtungswirkung also nicht auf der Beachtung einer bestimmten Form, sondern allein auf der *erklärten* Willenseinigung der Parteien (*consensus*). Es ist daher verfehlt, wenn immer noch gelehrt wird, die Römer hätten zwischen Wille und Erklärung nicht unterschieden<sup>36</sup>. Dass ihnen der Unterschied geläufig war, zeigt schon die *verba/voluntas*-Diskussion, die sich auch bei den römischen Juristen findet. Das lässt sich unter anderem mit der berühmten *causa Curiana* des Jahres 94 v. Chr. belegen<sup>37</sup>. Richtig ist zwar, dass man in den Quellen keine Willens- oder Erklärungstheorie findet, ebensowenig wie eine dogmatische Unterscheidung zwischen Irrtum und Dissens<sup>38</sup>. *Error* und *dissensus* wurden oft gleichgesetzt. Das heisst aber nicht, dass die Römer auf den inneren Willen abgestellt hätten.

<sup>30</sup> Zur Entstehungsgeschichte der §§ 133, 157 BGB und zum Theorienstreit im 19. Jahrhundert vgl. Historisch-kritischer Kommentar/VOGENAUER, §§ 133, 157 N 34 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Motive I 155, V 44 f. u. passim; Näheres bei Historisch-kritischer Kommentar /VOGENAUER, §§ 133, 157 N 38; DERS., Die Auslegung von Rechtsgeschäften in England und auf dem Kontinent (2001) I, 435 ff.

<sup>32</sup> BERNHARD WINDSCHEID, Pandekten (6. Aufl. 1887), § 75 Fn 1a; DERS., Wille und Willenserklärung, AcP 63 (1880), 72, 106 f.

<sup>33</sup> In dem berühmten Aufsatz über die culpa in contrahendo, Jherings Jb 4 (186) 1, 72 Fn 78.

<sup>34</sup> Vgl. Ulpian bei Boethius in Cic. *topica* 14.

<sup>35</sup> Näheres bei KUNKEL/HONSELL Römisches Recht (4. Aufl. 1987) 395 f. mit Fn 15 u. 16

<sup>36</sup> Vgl. WOLFGANG Kaser Römisches Privatrecht I (2. Aufl. 1971) 235, 237 f.; WOLFGANG KASER/ROLF KNÜTEL, Römisches Privatrecht, Kurzlehrbuch (17. Aufl. 2003), § 8 N 21; ANDREAS WACKE *Circumscribere* und *dolus*, Sav.Z. Rom. Abt. 94 (1977) 184, 199.

<sup>37</sup> Überliefert bei Cicero, *de inventione* 2, 122, *de oratore* 1, 180, s. hierzu Honsell, Römisches Recht 198 f. JOHANNES STROUX [Fn 20]: Der Erblasser hatte für den wegen der damals hohen Kindersterblichkeit gar nicht so seltenen Fall, dass ihm ein Sohn geboren würde, aber vor erreichter Mündigkeit sterben sollte, einen Dritten zum Ersatzerben eingesetzt. Nun starb der Erblasser, ohne dass ihm überhaupt ein Sohn geboren worden war, und es entstand Streit zwischen den gesetzlichen Erben und dem Ersatzerben. Quintus Mucius Scaevola (*pontifex*) berief sich zugunsten der gesetzlichen Erben auf den Wortlaut des Testaments. Hingegen vertrat Crassus, der berühmteste Redner seiner Zeit, zugunsten des Nacherben den Standpunkt, dass es nicht auf den Wortlaut des Testaments (der eindeutig nur eine Nacherbschaft nach dem Sohn vorsah) ankomme, sondern auf den Willen des Erblassers, der unzweifelhaft den Nacherben auch für den Fall berufen wissen wollte, dass ihm kein Sohn geboren würde. Noch heute gilt in den meisten europäischen Rechtsordnungen der Satz, dass die Einsetzung eines Nacherben zugleich diejenige eines Ersatzerben enthält (vgl. z.B. Art. 492 Abs. 3 ZGB, § 608 ABGB, § 2102 BGB).

<sup>38</sup> Vgl. HEINRICH HONSELL, Römisches Recht (5. Aufl. 2002), 42; ähnlich KUNKEL/MAYER-MALY, 122.

## IV. Praktische Auswirkungen

Werfen wir zum Schluss noch einen Blick auf die praktischen Auswirkungen der Willenstheorie. Für die Lösung des Einzelfalles ist der Theorienstreit mehr oder weniger belanglos, denn stets tritt an die Stelle des inneren Willens, den sowieso niemand kennt, nach Treu und Glauben das Verständnis eines redlichen Vertragspartners. Indessen darf man sich mit einer bloss im Ergebnis richtigen Entscheidung nicht begnügen, denn das unrichtige Prinzip führt zu der ständigen, monotonen Feststellung, dass mangels Feststellung des tatsächlichen Konsenses auf den sog. normativen Konsens abzustellen sei. Schon die Studenten werden in der Ausbildung darauf trainiert, diesen Stehsatz in ihren Falllösungen nicht zu vergessen. Und auch in den Gerichtsurteilen, bis hinauf zum Bundesgericht, findet man ihn oft. Relativ häufig kommt es auch vor, dass eine Partei dafür Beweis anbietet, dass tatsächlich ein Konsens in ihrem Sinne zustande gekommen sei und dies nicht selten trotz Vorliegens eines schriftlichen Vertrages, aus dem sich das Gegenteil ergibt. Da es auf die Erklärung nicht ankommen soll, muss erst wieder das Vertrauensprinzip bemüht werden, um die ja nicht ohne weiteres widerlegbare Behauptung eines abweichenden Willens zu entkräften. Der verfehlt dogmatische Ansatz führt dazu, dass aus dem selbstverständlichen Satz, dass es für die Auslegung von Verträgen (neben anderen Kriterien) auch auf Treu und Glauben ankommt, ein überflüssiger Stehsatz zur Überwindung des verfehlten Willensdogmas wird.

Hiervon abgesehen führt das Willensdogma in drei Fällen zu dogmatisch fehlerhaften Aussagen: Bei der Abgrenzung von Dissens und Irrtum, bei der Auslegung und bei der Frage ihrer Revisibilität.

1. Drückt sich nur eine Partei objektiv falsch aus und erkennt der Erklärungsempfänger den tatsächlichen Willen des Erklärenden nicht, so liegen die Voraussetzungen von Art. 18 I OR nicht vor. Gleichwohl könnte sich die irrende Partei auf Dissens berufen und müsste nicht nach Art. 23 ff. OR wegen Irrtums anfechten<sup>39</sup> (oder die einseitige Unverbindlichkeit geltend machen<sup>40</sup>), denn der angeblich massgebliche innere Wille der Parteien stimmt nicht überein. Die h.L. muss auch hier Treu und Glauben und das Vertrauen bemühen, damit die Erklärung überhaupt relevant und der Vertrag (jedenfalls zunächst) wirksam wird, um sodann allenfalls nach Art. 23 ff. wegen Irrtums angefochten zu werden. Man stellt die Dinge auf den Kopf, wenn man die Erklärung nicht deswegen für relevant hält, weil sie das Mittel privatautonom Handelns ist und aus Gründen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs eine andere Anknüpfung gar nicht in Betracht kommt, sondern nur, weil und insofern sich der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben darauf verlassen durfte. Für eine klare Erklärung braucht man keine Auslegung und keinen Rückgriff auf Treu und Glauben. Die auslegungsbedürftige Willenserklärung, bei der nach Treu und Glauben auf den Empfängerhorizont abzustellen ist, ist ein Sonderfall. Die h.L. macht diesen Sonderfall zur Regel, nur um ihren falschen Ansatz beim Willen zu überwinden. Man muss sich immer auf die Richtigkeit der objektiven Erklärung verlassen können, solange man deren Unrichtigkeit weder kannte, noch kennen musste. Wäre es richtig, dass der Konsens im übereinstimmenden inneren Willen besteht, so wäre die klare Grenzziehung zwischen Dissens und Irrtum verwischt. Irrtum und Dissens wären identisch. Man müsste nicht anfechten, um von einem Vertrag los zu kommen. Denn der Dissens hindert das Zustandekommen des Vertrages a priori. Die h.L. kann dieses Ergebnis nur durch Rückgriff auf den normativen Konsens verhindern. Nach der hier vertretenen Auffassung führen nur nicht übereinstimmende Willensäußerungen, die auch durch Auslegung nicht in Einklang gebracht werden können, zur Unwirksamkeit des Vertrages wegen Dissenses (Art. 1 OR). Ein vom Vertragswortlaut abweichender innerer Wille ist – von den Sonderfällen der übereinstimmenden Abweichung (Art. 18 OR) abgesehen – nur nach Art. 23 ff. OR relevant. Dass hier das Gesetz dem inneren Willen in relativ weitem Umfang Rechnung trägt, ist eine Frucht der pandektistischen Willenstheorie. Ob der Schutz des inneren Willens wirklich in diesem Umfang von der Privatautonomie gefordert wird, mag bezweifelt werden. Das Gesetz ist jedenfalls viel milder als das Leben, das Irrtümer selten verzeiht<sup>41</sup>. Interessant wäre auch eine Untersuchung zu der Kluft zwischen Gesetz und Gerichtspraxis. Bekanntlich sind ja Fälle, in denen das Gericht einen Irrtum nach Art. 23 Abs. 1 Nr. 1-3 OR anerkennt, viel seltener als das Gesetz vermuten lässt. Die weit grössere Rolle spielt in der Praxis der Grundlagennorm (Art. 23 Abs. 1 Nr. 4), der als ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum im Irrtumsrecht eigentlich ein Fremdkörper ist und zum weiten Gebiet der objektiven und subjektiven Geschäftsgrundlage gehört.

<sup>39</sup> So die h.L. (vgl. etwa EUGEN BUCHER OR AT 210; BK-KRAMER Art. 1 N 133; SCHWENZER OR AT (3. Aufl. 2003) N 39.03; WOLFGANG WIEGAND recht 1989, 101, 110 Auf den Streit zwischen Anfechtungs- und Ungültigkeitstheorie (usw.) gehe ich hier nicht ein.

<sup>40</sup> So das BGer in dem berühmten Picasso-Entscheid (BGE 114 II 131), der die Handschrift des Jubilars trägt.

<sup>41</sup> Treffend dazu ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, (3. Aufl. 1996) 419.

2. Eine weitere Folge der irrigen Betrachtungsweise der h.L. ist es, dass man bei der Vertragsauslegung immer wieder liest, der Wortlaut sei ein *Auslegungsmittel*<sup>42</sup>. Bei ungekünstelter Betrachtung ist der Wortlaut nicht Mittel, sondern Gegenstand der Auslegung. Das gilt zunächst für schriftliche Erklärungen, aber auch für mündliche oder gar nur konkludente. Kommt der Parteiwille im äusseren Erklärungsstatbestand nicht zu einem klaren und unmissverständlichen Ausdruck, so wird eine Auslegung notwendig. Je nachdem, ob man nur mehr auf den Wortlaut oder auf den Willen abstellt, spricht man von objektiver oder subjektiver Auslegung. Bei der subjektiven Auslegung, die beim Rechtsgeschäft wichtiger ist als beim Gesetz, geht es um die Frage, inwieweit man einen vom Wortlaut oder Text nicht gedeckten Willen oder Zweck zulässt. Dabei ist aber der Wortlaut immer der *Gegenstand* und nicht das *Mittel* der Auslegung<sup>43</sup>. Als Auslegungsmittel können den Wortlaut nur die Anhänger der Willenstheorie bezeichnen, die den inneren Willen zum Gegenstand der Auslegung machen. Der Wortlaut gehört auch nicht zu den Auslegungselementen<sup>44</sup>. Auslegungselemente im Sinne des Savigny'schen Kanons<sup>45</sup> sind Grammatik, Systematik (usw.) aber nicht der Wortlaut. Wenn man will, kann man ihn als *starting point*<sup>46</sup> der Auslegung bezeichnen oder als deren *Grundlage*<sup>47</sup>. Dann ist aber klar, dass er nicht Auslegungsmittel ist.

3. Ein letzter Punkt ist die Rechtsprechung zur Frage der Nachprüfbarkeit der Auslegung durch das Bundesgericht. Danach können Feststellungen zum tatsächlichen (empirischen) Konsens vom Bundesgericht nicht überprüft werden, wohl aber solche zum normativen<sup>48</sup>. Wenn man, wie die h.L., den inneren Willen als Tatsache erforschen will, liegt in der Tat der Schluss nahe, dass das Bundesgericht an Beweiswürdigung und -feststellung der Tatsacheninstanz gebunden ist (Art. 43 Abs. 3 OG). Da der innere Wille im Streitfall kaum nachweisbar ist, muss für den tatsächlichen oder natürlichen Konsens ein Indizienbeweis genügen. Als Indizien zieht man bezeichnender Weise dieselben Kriterien heran, wie für die Ermittlung des normativen Konsenses. Neben dem Wortlaut, kommen nach dieser Auffassung weitere Auslegungselemente in Betracht, z.B. die Systematik des Vertrages, seine Entstehungsgeschichte, die Umstände bei Vertragsschluss, ein individueller oder allgemeiner Sprachgebrauch, juristische Fachausdrücke, Verkehrssitte (usw.). Diese Indizien, erlauben nach h.L. einen Rückschluss auf den wirklichen Willen der Partei<sup>49</sup>. Da die Kriterien identisch sind ist der Einwand Wiegands zutreffend, dass eine überzeugende Abgrenzung zwischen tatsächlichem und normativem Konsens nicht möglich sei<sup>50</sup>. Man sollte daher die Differenzierung nach normativem und tatsächlichem Konsens auch für die Frage der bundesgerichtlichen Nachprüfbarkeit der Auslegung nicht mehr verwenden. Die richtige Grenzziehung verläuft nicht zwischen tatsächlichem (innerem) und normativem Konsens, sondern nach der Differenzierung zwischen *factum* und *ius*, zwischen nicht überprüfbarer Tatsachenfeststellung und überprüfbarer Rechtsanwendung. Auch diese Grenzziehung ist bekanntlich schwierig und nicht immer eindeutig. Gegenstand der Tatsachenfeststellung ist aber nicht der innere Wille, sondern die von den Parteien abgegebenen Erklärungen. Nachprüfbar ist die Auslegung namentlich darauf hin, ob sie nach den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht und dem klaren Wortlaut und Sinn der festgestellten Erklärung nicht widerspricht<sup>51</sup>. Nicht nachprüfbar sind also Feststellungen darüber, was die Parteien tatsächlich erklärt haben. Nachprüfbar ist, wie diese Erklärungen zu verstehen waren, d.h. wie sie (auch nach Vertrauensprinzip) vernünftiger Weise gemeint sein konnten.

## VI. Zusammenfassung

Als Fazit ist festzuhalten, dass im Regelfall nach Art. 1 OR nicht der innere Wille, sondern die übereinstimmenden Willensäusserungen der Parteien das konstituierende Element des Vertrages sind. Insoweit gilt die Erklärungs- und nicht die Willenstheorie. Eine Ausnahme von dieser Regel besteht nach Art. 18 OR im zwei Fällen, wenn die Parteien (bewusst oder unbewusst) übereinstimmend etwas anders

<sup>42</sup> So die h.L. und auch BK-KRAMER, OR 18 N 22 zur Vertragsauslegung; richtig aber BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 18 ff.

<sup>43</sup> Um diesen Streit, der namentlich die Diskussion über die Gesetzesauslegung lange Zeit geprägt hat, ist es in den letzten Jahrzehnten ruhig geworden.

<sup>44</sup> So aber ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre (1998), 63.

<sup>45</sup> Vgl. CARL FRIEDRICH V. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts I (1840), 212 ff.

<sup>46</sup> So KRAMER, a.a.O., 43.

<sup>47</sup> So BSK OR I-WIEGAND Art. 18 N 19.

<sup>48</sup> Vgl. oben Fn 2.

<sup>49</sup> ALFRED KOLLER, OR AT (1996) N 565; BSK OR I-WIEGAND Art. 18 N 12, 18.

<sup>50</sup> BSK OR I-WIEGAND Art. 18 N 42; s. auch BK-KRAMER N 74 ff., 79.

<sup>51</sup> S. aus der deutschen Judikatur etwa BGHZ 32, 63; 131, 297, 302; BGH NJW 1992, 1446; NJW 1998, 1219; BGH WM 1998, 21; LEO ROSENBERG/KARL HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, (16. AUFL. 2004) § 143 I 5.

gesagt als gemeint haben (*falsa demonstratio* oder *Simulation*). Art. 18 OR betrifft nur diese Ausnahmefälle. Ein allgemeiner, dem Art. 1 OR widersprechender Primat des Willens kann der Vorschrift nicht entnommen werden. Die Abgrenzung zwischen Dissens und Irrtum ist die folgende: Stimmen die Erklärungen der Parteien nicht überein, so liegt Dissens vor. Weicht der Wille einer Partei von ihrer Erklärung ab, so handelt es sich um Irrtum, der nach Art. 23 ff. OR relevant sein kann. Das Vertrauensprinzip ist ein Auslegungskriterium, das neben anderen Kriterien zum Zuge kommt, wenn eine Erklärung unklar oder mehrdeutig ist. Man benötigt es nicht zur Abwehr eines behaupteten Dissenses, wenn man mit Art. 1 OR auf die Erklärung abstellt und nicht auf den inneren Willen. Der Wortlaut einer rechtsgeschäftlichen Erklärung ist nicht Auslegungsmittel, sondern Auslegungsgegenstand. Für die Nachprüfbarkeit der Auslegung durch das Bundesgericht gilt: Tatsachenfeststellung sind nicht überprüfbar, die Auslegung hingegen ist Rechtsanwendung und damit überprüfbarer. Gegenstand der Tatsachenfeststellung sind jedoch die von den Parteien abgegebenen Erklärungen und nicht der innere Wille.

