

ENZYKLOPÄDIE DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFT

BEGRÜNDET VON

F. VON LISZT UND W. KASKEL

HERAUSGEGEBEN VON

E. KOHLRAUSCH · H. PETERS · A. SPIETHOFF

ABTEILUNG RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN VON

DR. EDUARD KOHLRAUSCH
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

DR. HANS PETERS
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT
BERLIN

VIII

BÜRGERLICHES RECHT RECHT DER SCHULDVERHÄLTNISSE

VON

DR. HEINRICH TITZE
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN
KAMMERGERICHTSRAT

VIERTE ERWEITERTE AUFLAGE



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1932

BÜRGERLICHES RECHT RECHT DER SCHULDVERHÄLTNISSE

VON

DR. HEINRICH TITZE
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT BERLIN
KAMMERGERICHTSRAT

VIERTE ERWEITERTE AUFLAGE



VERLAG VON JULIUS SPRINGER · BERLIN 1932

**ALLE RECHTE, INSBESONDERE DAS DER ÜBERSETZUNG
IN FREMDE SPRACHEN, VORBEHALTEN.**

Softcover reprint of the hardcover 4th edition 1932
ISBN 978-3-540-01325-9 ISBN 978-3-642-85835-2 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-642-85835-2

Vorwort zur vierten Auflage.

Entsprechend den von der Kritik mehrfach geäußerten Wünschen hat die vorliegende Darstellung des Rechtes der Schuldverhältnisse verschiedene, nicht unwesentliche Ergänzungen erfahren. Ihr den bisherigen Charakter völlig zu nehmen und sie zu einem Lehrbuch oder doch wenigstens zu einem Mittelding von Grundriß und Lehrbuch zu erweitern, habe ich mich aber auch in der neuen Auflage nicht entschließen können. Denn ich glaube, es besteht mindestens für Studierende, an die sich das Werk in erster Linie wendet, ein Bedürfnis nach einer gedrängten Wiedergabe des Obligationenrechts, die unter Verzicht auf Einzelerörterungen die Grundgedanken dieses Teiles des Privatrechts und seine systematischen Zusammenhänge klar hervortreten läßt. Darum geht das Buch, wenn auch, wie gesagt, nicht ohne Zusätze und Verbesserungen, so doch wieder als „Grundriß“ hinaus und macht auf die Privilegien Anspruch, die mit dem Wesen eines Grundrisses verbunden sind.

Berlin, 19. April 1932.

HEINRICH TITZE.

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung.

	Seite
§ 1. Begriff des Schuldverhältnisses	1
§ 2. Quellen des Rechtes der Schuldverhältnisse	6
§ 3. Literatur des Rechtes der Schuldverhältnisse	9

Erster Teil.

Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel.

Die Leistung als Obligationsinhalt.

I. Die gegenständliche Seite der Leistung.

§ 4. Arten des Leistungsgegenstandes	12
§ 5. Die Gattungsschuld	13
§ 6. Die Geldschuld	16
§ 7. Die Zinsschuld	22
§ 8. Schadensersatzpflichten	25
§ 9. Wahlschuldverhältnisse	31
§ 10. Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt	34
§ 11. Ersatz von Aufwendungen; Rechnungslegung; Auskunftserteilung	34

II. Zeit und Ort der Leistung.

§ 12. Die Zeit der Leistung	35
§ 13. Das Zurückbehaltungsrecht	37
§ 14. Der Ort der Leistung	39

Zweites Kapitel.

Die Entstehung des Schuldverhältnisses.

§ 15. Allgemeines	41
§ 16. Grenzen der schuldnerischen Vertragsfreiheit	41
§ 17. Abstrakte Schuldverträge	45
§ 18. Die Anweisung	47
§ 19. Der gegenseitige Vertrag	50
§ 20. Der Vergleich	52
§ 21. Der Rücktritt vom Vertrag	54
§ 22. Verträge zugunsten Dritter	56

Drittes Kapitel.

Das Erlöschen des Schuldverhältnisses.

§ 23. Die Erfüllung	58
§ 24. Leistung an Erfüllungsstatt	62
§ 25. Die Hinterlegung	63
§ 26. Die Aufrechnung	65
§ 27. Sonstige Erlöschungsgründe	68

Viertes Kapitel.

Veränderungen im Inhalt des Schuldverhältnisses.

§ 28. Allgemeines	69
§ 29. Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände	71

	Seite
§ 30. Der Verzug des Schuldners	75
§ 31. Die Unmöglichkeit der Leistung	78
§ 32. Der Verzug des Gläubigers	82
§ 33. Änderungen kraft Vertrags; insbesondere die Vertragsstrafe	83

Fünftes Kapitel.

Wechsel in den Subjekten des Schuldverhältnisses.

§ 34. Die Übertragung von Forderungen	85
§ 35. Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber	89
§ 36. Die Schuldübernahme	94

Sechstes Kapitel.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

§ 37. Mehrheit der Gläubiger	98
§ 38. Mehrheit der Schuldner	100
§ 39. Die Bürgschaft	102

Zweiter Teil.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erstes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

§ 40. Kredit- und gewagte Geschäfte	106
§ 41. Der Kaufvertrag	109
§ 42. Die Schenkung	116
§ 43. Miete und Pacht	119
§ 44. Sonstige Verträge auf Gebrauchsüberlassung	125
§ 45. Der Werkvertrag	128
§ 46. Der Dienstvertrag	130
§ 47. Sonstige auf Arbeitsleistung gerichtete Schuldverhältnisse	133
§ 48. Die Gesellschaft	138

Zweites Kapitel.

Schuldverhältnisse ohne rechtsgeschäftliche Begründung.

§ 49. Die Gemeinschaft	144
§ 50. Vorlegung von Sachen	146
§ 51. Ungerechtfertigte Bereicherung	147
§ 52. Außerkontraktlicher Schadensersatz	153
Sachverzeichnis	164

Die Paragraphen des BGB. sind im folgenden ohne Gesetzesangabe zitiert.

Einleitung.

§ 1. Begriff des Schuldverhältnisses.

1. Nach der Legaldefinition des § 241 Satz 1 ist das Schuldverhältnis eine rechtliche Beziehung zwischen zwei Personen, derzufolge der eine Teil, der Gläubiger, befugt ist, vom andern Teile, dem Schuldner, eine Leistung zu verlangen. Die dem Gläubiger hierdurch eingeräumte Rechtsstellung wird als Forderungsrecht, die dem Schuldner auferlegte Leistungspflicht als Schuld bezeichnet. Der gemeinrechtliche Ausdruck für Schuldverhältnis war Obligation.

a) Die schuldnerische Leistung, auf die das Forderungsrecht des Gläubigers gerichtet ist, kann nach § 241 Satz 2 sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen. Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, fällt aber unter den vom Gesetzbuch in § 194 Abs. 1 geprägten Begriff des Anspruchs. Der Leistungsanspruch, den der Gläubiger hiernach durch das Schuldverhältnis erlangt, ist dessen vornehmster und begriffsnotwendiger Inhalt. Zwar können auch andere, als obligationsrechtliche Beziehungen, wie z. B. Sachenrechte, Familienrechte, Erbrechte Leistungsansprüche erzeugen. Aber sie brauchen es nicht in jedem einzelnen Falle zu tun, während das Schuldverhältnis ohne Leistungsanspruch nicht entstehen kann. Auf der anderen Seite erschöpft sich der Inhalt des Schuldverhältnisses keineswegs immer im Leistungsanspruch. Um die Leistungspflicht des Schuldners können sich Nebenrechte des Gläubigers und Nebenpflichten des Schuldners gruppieren, die mit ihr im engen Zusammenhang stehen, wie etwa Anzeige- und Auskunftspflichten, Rücktrittsrechte, Minderungsrechte, Wahlrechte und ähnliche auf Bestand oder Umfang des Leistungsanspruches einwirkende Befugnisse. Mit Rücksicht auf diese über die Erzeugung des Leistungsanspruches hinausgehenden Funktionen des Schuldverhältnisses bezeichnet man letzteres in der Literatur häufig als einen „Organismus“ oder auch als eine „konstante Rahmenbeziehung“. Indessen wird durch diese Bildersprache nichts zum Ausdruck gebracht, was in der richtig verstandenen Unterscheidung von Schuldverhältnis und Leistungsanspruch nicht ohnedies enthalten wäre.

b) Dem Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner auf Bewirkung der Leistung steht nicht ohne weiteres ein Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger auf Annahme der Leistung gegenüber. Eine solche allgemeine Annahmepflicht wäre mit der Stellung des Gläubigers als des aus dem Schuldverhältnis Berechtigten unvereinbar. Nur in wenigen Ausnahmefällen, die wir kennenlernen werden¹⁾, macht das Gesetz dem Gläubiger die Abnahme des Leistungsgegenstandes zur Rechtspflicht, während es sich sonst damit begnügt, den Schuldner vor den nachteiligen Folgen der Nichtannahme durch das Institut des später zu besprechenden Annahmeverzugs zu schützen.

Wennschon der Schuldner als solcher aus der Obligation keinen Anspruch gegen den Gläubiger erwirbt, so ist doch möglich, daß ein Schuldverhältnis Leistungsansprüche für beide Parteien entstehen läßt und dadurch für jeden Teil sowohl die Rechtsstellung des Gläubigers wie die des Schuldners begründet. Man spricht

¹⁾ Siehe unten § 41 unter 1 (S. 110) und § 45 unter 1 (S. 128).

dann von einem zweiseitigen Schuldverhältnis. Den wichtigsten Anwendungsfall stellen die auf Gütertausch gerichteten Verträge (Kauf, Tausch, Miete, Pacht usw.) dar. Das gemeinsame Rechtsverhältnis, dem bei den zweiseitigen Schuldverhältnissen Anspruch und Gegenanspruch entspringen, setzt letztere zueinander in ein wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis, das bei den verschiedenen hier in Betracht kommenden Gebilden von sehr verschiedener Stärke sein kann. Davon wird an anderer Stelle näher zu reden sein¹⁾.

c) Rein terminologisch ist zu bemerken, daß der den Inhalt des Schuldverhältnisses bildende Leistungsanspruch vielfach auch als „Gegenstand“ des Schuldverhältnisses bezeichnet wird. Bisweilen bedient man sich der Bezeichnung „Gegenstand“ des Schuldverhältnisses, um das Ding der Außenwelt zu bezeichnen, auf das sich der Leistungsanspruch bezieht. Ein solcher Gegenstand braucht nicht jedem Schuldverhältnis zu eignen (man denke an die in einem Unterlassen bestehenden Leistungspflichten, an viele Auftrags- und Dienstverhältnisse), ist aber bei den meisten Schuldverhältnissen vorhanden (die Ware beim Kaufvertrag, die vermietete Sache oder das verpachtete Recht beim Miet- oder Pachtvertrag). In einem dritten Sinne spricht man von der „gegenständlichen Seite“ der schuldnerischen Leistungspflicht, um die Frage: was hat der Schuldner zu leisten? von der anderen zu scheiden: wo und wann hat der Schuldner zu leisten? (zeitliche und örtliche Seite der Leistungspflicht). Und der Ausdruck „Leistung“ endlich wird sowohl für den Inhalt der Schuldnerpflicht wie für den die Erfüllung dieser Pflicht darstellenden Vorgang verwendet (Leistung als Obligationsinhalt und Leistung als schuldnerische Handlung).

d) Die im gemeinen Rechte viel behandelte, aber auch im geltenden Rechte noch nicht verstummte, mehr der Theorie als der Praxis angehörige Streitfrage, ob die Leistung, um tauglicher Obligationsinhalt zu sein, einen Vermögenswert haben müsse, ist richtigerweise zu verneinen. Die Befürchtung, es könnte durch Preisgabe jenes Erfordernisses die Grenze zwischen der rechtlich bindenden und der bloß gesellschaftlich oder moralisch verpflichtenden Versprechensabgabe verwischt werden, zeugt von übertriebenem Mißtrauen in die Fähigkeit des Richters, den Begriff des Rechtsgeschäftes und insbesondere den des unsittlichen Rechtsgeschäftes mit der nötigen Sicherheit zu handhaben.

2. Die Eigenart, die das Schuldverhältnis ausmacht, muß naturgemäß ein Ausfluß der rechtlichen Funktionen sein, die es zu erfüllen hat und in deren Erfüllung es sich von anderen Rechtsverhältnissen unterscheidet. Das Sachenrecht bestimmt den Anteil, den der Einzelne an den Objekten des Privatrechts hat, und den Umfang der dadurch begründeten Herrschaftsbefugnisse; das Familienrecht hat es mit den Erweiterungen und Beschränkungen zu tun, die ein Rechtssubjekt in seiner Rechtsstellung durch die Eingehung einer Ehe oder durch die Zugehörigkeit zu einem Verwandtenkreis erfährt; das Erbrecht bezweckt die Liquidation des von einem Verstorbenen hinterlassenen Vermögens: das Obligationenrecht hat keine andere Aufgabe als die Regelung der Rechtsbeziehungen des Anspruchsberechtigten zum Anspruchsverpflichteten. Darum sahen wir, daß im Sachen-, Familien- und Erbrecht Ansprüche zwar erwachsen können, aber nicht in jedem einzelnen Falle zu erwachsen brauchen, während für das Schuldverhältnis der Leistungsanspruch den eigentlichen und meistens einzigen Inhalt abgibt. Im Sachen-, Familien- und Erbrecht bedient sich die Rechtsordnung des Anspruchs als Mittel zur Erreichung der von ihr anderweitig angestrebten, soeben kurz angedeuteten Zwecke; im Obligationenrecht ist der Leistungsanspruch Selbstzweck der gesetzlichen Regelung und darf es sein, weil die mit dem Schuldverhältnis von den Parteien bzw. vom Gesetz verfolgten wirtschaftlichen Ziele durch ihn allein erreichbar sind. Damit hängt zusammen, daß, wie sich später zeigen wird, die Anspruchsbefriedigung das Schuld-

¹⁾ Vgl. vor allem § 19.

verhältnis regelmäßig zum Erlöschen bringt, während in jenen anderen Rechtsgebieten (man denke etwa an den Eigentumsanspruch, den Erbschaftsanspruch, die Ansprüche aus den §§ 1353, 1632) die Erfüllung des einzelnen Anspruchs das Rechtsverhältnis, dem er entstammt, nicht nur nicht aufhebt, sondern zu neuem Leben erweckt. Und endlich folgt aus der Anspruchsbedingtheit des Schuldverhältnisses, daß es Rechtsbeziehungen nur zwischen seinen Parteien schafft: dem Gläubiger und dessen Gegner, von dem allein das dem Obligationsinhalt entsprechende Verhalten gefordert werden darf.

a) Daraus ergibt sich, daß in den Fällen, wo das Schuldverhältnis sich auf eine Sache bezieht, die Rechtsstellung des Gläubigers in Ansehung dieser Sache sehr verschieden ist von derjenigen, die das Sachenrecht hinsichtlich des ihm unterworfenen Objektes gewährt. Denn der Gläubiger gewinnt auf Grund seines Forderungsrechtes keine unmittelbare Rechtsbeziehung zu dem Objekt, auf das es sich erstreckt; er kann immer nur vom Schuldner ein bestimmtes Verhalten bezüglich dieser Sache verlangen¹⁾. Das Charakteristikum des Sachenrechtes hingegen ist gerade die Unmittelbarkeit der Beziehung, in die es das berechnigte Subjekt zum Rechtsobjekt treten läßt. Und diese Unmittelbarkeit führt zu dem weitgehenden Schutze, den das Sachenrecht gegen Eingriffe dritter Personen genießt im Gegensatz zum Forderungsrecht, das seine Spitze ausschließlich gegen den Schuldner kehrt — eine Wesensverschiedenheit, die man herkömmlicherweise in der Form zum Ausdruck bringt, daß man dort von einem dinglichen oder absoluten, hier hingegen von einem persönlichen oder relativen Rechte redet. Der Eigentümer kann gegen jeden vorgehen, der störend in sein Eigentum eingreift, und seine Sache überall vindizieren, wo er sie findet, während der Käufer, solange er noch nicht Eigentümer geworden ist, sondern lediglich sein Forderungsrecht gegen den Verkäufer auf Eigentumsverschaffung hat, im Falle des Diebstahls der Ware nur den Verkäufer belangen und sich unmittelbar an den Dieb erst dann halten kann, wenn ihm die Eigentumsansprüche des Verkäufers von diesem abgetreten worden sind. Ähnlich ist derjenige, der sich lediglich in einem obligationsrechtlichen Vertrag die Befugnis ausbedungen hat, über ein fremdes Grundstück zu gehen und zu fahren, machtlos gegenüber dem Dritten, der das Grundstück vom Vertragsgegner erwirbt und ihn an der Ausübung jener Befugnis hindert, wohingegen der auf Grund einer Wegerechtigkeit dinglich Berechnigte jedermanns Widerstand zu brechen in der Lage ist. Und gegenüber einer Konkursmasse gewährt das dingliche Recht seinem Träger die Möglichkeit der Aussonderung, der bloße Verschaffungsanspruch hingegen verleiht dem Berechnigten nur die Stellung eines dividendenberechtigten Konkursgläubigers.

b) Der Schwäche, an der das Obligationenrecht insofern leidet, als es dem Gläubiger nur eine mittelbare Herrschaft über das betroffene Objekt verleiht, stehen Vorzüge gegenüber, in denen es dem Sachenrecht überlegen ist. Sie liegen in seiner größeren Elastizität und Vielgestaltigkeit im Gegensatz zu der geschlossenen Zahl und der gesetzlichen, nur geringer Abwandlungen fähigen inhaltlichen Gebundenheit der dinglichen Rechte, die auch hinsichtlich des Begründungsaktes meist eine größere Schwerfälligkeit aufweisen. Aber auch abgesehen davon darf die Mittelbarkeit der Rechtsstellung des Gläubigers in ihrer die Obligation schwächenden Wirkung nicht überschätzt werden. Gewiß geht der Inhalt der Obligation zunächst nur dahin, daß der Gläubiger den Gegenstand des Schuldverhältnisses durch eine Handlung des Schuldners erwerbe. Aber die Rechtsmacht des Gläubigers offenbart sich nicht nur in der dem Schuldner von der Rechtsordnung auferlegten Leistungspflicht und beschränkt sich nicht auf die unzulänglichen Behelfe, die das Vollstreckungsrecht dem Anspruchsinhaber zur Erzwingung von Handlungen des Verpflichteten zur

¹⁾ Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Verfügung stellt (§§ 887, 888 ZPO.). Sondern Wesen und Zweck des Forderungsrechtes erfordern, daß der Gläubiger die Werte, die durch Leistungsbewirkung ihm zuzuführen der Schuldner sich weigert, dem schuldnerischen Vermögen zu entnehmen in der Lage sein muß. Und diese für den Gläubiger bestehende Zugriffsmöglichkeit bezeichnet man als Haftung des schuldnerischen Vermögens.

Diese Haftung ist nicht etwa ein außerhalb der Obligation liegendes, dem Vollstreckungsrecht angehörendes Moment. Das Vollstreckungsrecht begründet nicht die Haftung, sondern setzt sie voraus und regelt nur die Form, in der sie realisiert wird (z. B. Pfändung bzw. Wegnahme der geschuldeten Sachen durch den Gerichtsvollzieher). Die Haftung selbst ist privatrechtlicher Art; sie ist, obwohl das BGB. nichts Ausdrückliches darüber sagt, ein begriffsnotwendiger Bestandteil der Obligation, die ohne ihn ein blutleeres Gebilde wäre, das seine verkehrsmäßige Bestimmung nicht erfüllen könnte. Es gibt also keine Schuld ohne Haftung¹⁾. Damit ist nicht gesagt, daß die Haftung in jedem einzelnen Falle praktisch zu werden bzw. für den Gläubiger erfolgreich zu sein brauchte: so nicht, wenn die Leistung des Schuldners keinen vermögenswerten Charakter hat oder wenn der Schuldner kein zur Befriedigung des Gläubigers ausreichendes Vermögen besitzt. Daß aber die Haftung des Schuldners auch in solchen Fällen latent vorhanden ist, zeigt sich, sobald das anfänglich fehlende Vermögensinteresse des Gläubigers nachträglich auftaucht oder die gegenwärtige Insolvenz des Schuldners sich in spätere Solvenz verwandelt: dann ist die Vermögenshaftung des Schuldners ohne weiteres wieder gegeben. An dem Erfordernis der Haftung für den Obligationsbegriff ändert auch die Erscheinung von Schuldverhältnissen mit sogenannter beschränkter Haftung nichts. Darunter versteht man Fälle, wo die Rechtsordnung ausnahmsweise nicht das ganze Vermögen des Schuldners, sondern nur einen bestimmten Komplex dieses Vermögens für den Zugriff des Gläubigers offen hält (Haftung des Reeders mit dem Schiffsvermögen; des Erben mit dem Nachlaß). Entweder reicht hier dieser Vermögenskomplex zur Befriedigung des Gläubigers aus: dann ist die beschränkte Haftung eine ebenso vollständige, wie die unbeschränkte; oder er reicht nicht aus: dann liegen die Dinge nicht anders, als wenn der Schuldner bei unbeschränkter Haftung kein zur völligen Befriedigung des Gläubigers hinlängliches Vermögen besitzt und infolgedessen der Fall der Zahlungsunfähigkeit, der Insuffizienz, gegeben ist. Die Verschiedenheit von beschränkter und unbeschränkter Haftung besteht also nur darin, daß in dem einen Falle die Rechtsordnung die Insolvenz unter leichteren Voraussetzungen eintreten läßt als im anderen, und daß bei der beschränkten Haftung der Wegfall des Haftungssubstrates nicht nur wirtschaftlich, sondern auch juristisch zum Verlust des Forderungsrechtes führt.

c) Die Unterscheidung der Haftung von der Schuld als dem „Wofür“ der Haftung ist begrifflich möglich und theoretisch richtig. Sie ist aber für die Lösung der in der Lehre von den Schuldverhältnissen auftauchenden Rechtsfragen nicht von der Fruchtbarkeit und Bedeutung, die man ihr eine Zeitlang zuschreiben zu müssen geglaubt hat. Insbesondere sollte man sich davor hüten, mit ihrer Hilfe Institute, die ausschließlich der Rechtsgeschichte angehören, von neuem für das geltende Recht beleben zu wollen. So ist es beispielsweise nicht angängig, in Anlehnung an historische Reminiszenzen das heutige Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner mit jenem Gegensatz von Schuld und Haftung in Verbindung zu bringen. Denn

¹⁾ Ob es eine Haftung ohne Schuld gibt, kann hier unerörtert bleiben, da die Fälle, wo man davon reden könnte, jedenfalls nicht auf dem Gebiet des Obligationenrechts liegen. — In den romanischen Gesetzbüchern ist die vom Obligationenrecht des BGB. stillschweigend postulierte Haftung des schuldnerischen Vermögens besonders betont: vgl. Art. 2092, 2093 des code civil und die entsprechenden Art. 1948, 1949 des codice civile (Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir).

nach geltendem Rechte ist es nicht so anzusehen, als ob der Schuldner lediglich schulde oder doch wenigstens der Bürge lediglich hafte, sondern jedem von ihnen liegt eine Leistungspflicht und die damit verbundene Haftung ob, nur daß Schuld und Haftung des Bürgen zu der des Hauptschuldners in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis stehen. Ebenso wenig hat die begriffliche Trennung von Schuld und Haftung etwas mit einer Reihe von Gebilden des geltenden Rechtes zu tun, die man gewöhnlich mit einer der römischen Jurisprudenz entlehnten Terminologie als Naturalobligationen bezeichnet. Das BGB. erklärt an einzelnen Stellen, wie bei der verjährten Schuld, bei der Spiel- und Wettschuld, beim Versprechen eines Ehemaklerlohnes und bei den sogenannten Anstandspflichten, daß eine Verbindlichkeit nicht bestehe bzw. der Schuldner zur Leistungsverweigerung berechtigt sei, daß aber das freiwillig Geleistete nicht zurückgefordert werden dürfe (§§ 222 Abs. 2, 656 Abs. 1, 762 Abs. 1, 814). Auch hier hat man davon gesprochen, daß zwar eine Schuld, aber keine Haftung gegeben sei. In Wahrheit liegt hier teils weder Schuld noch Haftung, teils eine unvollkommene Schuld vor, die zu einer ebenso unvollkommenen Haftung führt. Endlich hängt nicht zusammen mit der Unterscheidung von Schuld und Haftung der Gegensatz von Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Muß der Schuldner, weil er die eigentlich geschuldete Leistung nicht erbringt, Schadensersatz bewirken, so bedeutet das eine Veränderung im Inhalt des Schuldverhältnisses: und zwar ändert sich mit der Schuld auch die Haftung, insofern deren Umfang naturgemäß durch erstere bestimmt wird. Wenn trotzdem die Verbindlichkeit zum Schadensersatz üblicherweise als Interesse-, „haftung“ bezeichnet wird, so wird hier dieses Wort in einem anderen Sinne verwendet, als er unserer Gegenüberstellung von Schuld und Haftung zugrunde liegt.

3. Die Individualität der Obligation wird bestimmt durch die Obligationssubjekte, durch den Obligationseinhalt und durch den Entstehungsgrund des Forderungsrechtes.

a) Durch den Entstehungsgrund: auch wenn B dem A zweimal die gleiche Leistung, beispielsweise zweimal die Zahlung von zehntausend Mark schuldet, handelt es sich um verschiedene Forderungsrechte, falls die einen zehntausend Mark auf Grund eines Darlehns, die andern auf Grund eines Kaufvertrags, oder die einen zehntausend Mark auf Grund eines Darlehns vom Mai, die andern auf Grund eines Darlehns vom August geschuldet werden. Ja selbst dann sind zwei getrennte — allerdings zueinander in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis stehende — Forderungsrechte anzunehmen, wenn B dem A zehntausend Mark aus einem Darlehn schuldet und überdies die Zahlung derselben zehntausend Mark in einem Wechsel verspricht¹⁾.

b) Durch den Obligationseinhalt: wenn jemand eine Frauensperson durch Gewalt oder Hinterlist zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt und sie dabei gesundheitlich schädigt, erwächst ihr einmal ein Ersatzanspruch aus den §§ 823, 825 und sodann ein Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 847; dazu tritt eventuell noch, nämlich im Falle der Schwängerung, der Anspruch aus § 1715. Obwohl alle drei Ansprüche in demselben Tatbestand wurzeln und zwischen denselben Personen entstehen, stellen sie selbständige, weil inhaltlich verschiedenartige Schuldverhältnisse dar. Doch ist bei der Bedeutung des Inhalts für die Individualität der Obligation zu beachten, daß die Parteien von sich aus auch wesensverschiedene Leistungen zu einem Schuldverhältnis zusammenfassen können: in einem Anstellungsvertrag wird die Leistung von Diensten und für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses die Unterlassung von Konkurrenzhandlungen versprochen, oder es soll aus ein und demselben Kaufvertrag sowohl ein Grundstück wie eine Reihe von Mobilien geliefert werden. Und außerdem darf der Inhalt der Obligation

¹⁾ Dazu unten § 24 unter 3 (S. 63).

nicht in dem Sinne als eine konstante Größe aufgefaßt werden, daß er nicht unter Aufrechterhaltung der Identität des Schuldverhältnisses von Gesetzes oder von Partei wegen abgeändert werden könnte. Näheres darüber wird in anderem Zusammenhang zu sagen sein¹⁾).

c) Und was endlich die Subjekte als Individualisierungsmerkmale der Obligation betrifft, so ist klar, daß das Forderungsrecht von A gegen B nicht identisch sein kann mit einem Forderungsrecht von A gegen C oder von C gegen B. Indessen sind auch hier einige Einschränkungen geboten. Von jeher hat man im Erben sich die Rechtspersönlichkeit des Erblassers als fortgesetzt gedacht: es unterliegt darum keinem Bedenken, trotz des tatsächlichen Subjektswechsels das auf den Erben des Gläubigers übergegangene Forderungsrecht als das alte Forderungsrecht, die auf den Erben des Schuldners übergegangene Schuld als die alte Schuld anzusehen. Und wie man keinen Anstoß daran nimmt (obwohl auch das Rechtsverhältnis zweier Personen zu einer Sache, logisch betrachtet, nicht ein und dasselbe sein kann), das Eigentum des B an seinem Hause, wenn er letzteres von A erworben hat, als das alte auf ihn „übergegangene“ Eigentum des A zu bezeichnen — lediglich weil es nach Inhalt und Entstehungsgrund mit ihm kongruent ist —, so ist nichts dagegen einzuwenden, daß wenn C sich von A dessen Forderungsrecht gegen B hat abtreten lassen, man im Hinblick auf die mit der des A sich deckenden Rechtsstellung des C diesem das alte Forderungsrecht zuspricht. Das Forderungsrecht wird hierbei als objektiviertes Vermögensstück betrachtet, dem die Fähigkeit eignet, seinen Herrn zu wechseln, ohne dadurch seine Identität einzubüßen. Und Ähnliches gilt auf der passiven Seite des Schuldverhältnisses, wenn im Wege der Schuldübernahme an die Stelle des alten Schuldners ein neuer Schuldner tritt. Die herkömmliche Betrachtungsweise geht noch weiter in der Verwendung der Metapher, die in jener Objektivierung des Forderungsrechtes liegt, und spricht auch da von einer Einheit des Schuldverhältnisses, wo einem Gläubiger mehrere Schuldner oder einem Schuldner mehrere Gläubiger oder mehreren Gläubigern mehrere Schuldner gegenüberstehen. Man kann darüber streiten, ob hier wirklich von der Beteiligung mehrerer Subjekte an einem Schuldverhältnis geredet werden darf, oder ob nicht eine der Zahl der Parteien entsprechende Mehrheit von Schuldverhältnissen gegeben ist, die unter sich in einem engen, je nach Lage der Dinge verschieden gearteten Abhängigkeitsverhältnis stehen. Die Frage läßt sich nur im Zusammenhang mit der allgemeinen Lehre von der Rechtsgemeinschaft beantworten.

§ 2. Quellen des Rechtes der Schuldverhältnisse.

1. Im Gegensatz zur Schweiz, wo die gesetzliche Regelung des Obligationenrechts außerhalb des Zivilgesetzbuches in einem besonderen Gesetzbuch erfolgt ist, hat in Deutschland das Recht der Schuldverhältnisse seine kodifikatorische Zusammenfassung im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst erfahren. Leicht aber hätte auch bei uns die Entwicklung der Rechtsquellen zu einer der schweizerischen ähnlichen Gestaltung der Dinge führen können. Denn stärker als¹⁾ in anderen Partien des Privatrechts macht sich im Recht der Schuldverhältnisse für eine Nation das Bedürfnis nach Rechtseinheit geltend. Darum schuf sich im Jahre 1881 die Schweiz ein einheitliches Obligationenrecht, während die übrigen Teile des Privatrechts der Uniformierung noch sechsundzwanzig Jahre harren mußten. In entsprechender Weise hatten sich auch in Deutschland Kräfte für die Schaffung eines gemeinsamen Obligationenrechts schon in einem Zeitpunkt geregt, wo die Machtmittel für eine Gesamtkodifikation des Privatrechts noch fehlten. Im Verfolg von Anregungen, die von den beiden ersten deutschen Juristentagen zu Berlin und zu Dresden in den Jahren 1860 und 1861 ausgegangen waren, beschloß am 6. 2. 1862 die deutsche

¹⁾ Unten Kapitel 4.

Bundesversammlung die Einsetzung einer Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Obligationenrechtes. Man wollte nach dem Muster der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuches im Wege des allgemeinen Rechtes die Rechtsgemeinsamkeit für Deutschland herstellen, die mangels einer politischen Zentralgewalt im Wege des gemeinen Rechtes nicht zu erreichen war. Die Kommission trat auch (unter Nichtbeteiligung Preußens) in Dresden zusammen und begann im Januar 1863 ihre Arbeiten, die sie nach dreieinhalb Jahren beendete: die Vorrede, mit welcher der Entwurf veröffentlicht wurde, stammt vom 13. Juni 1866. Dieses Datum besagt zur Genüge, warum dem Entwurf das Schicksal, in Deutschland allgemeines Recht zu werden, nicht beschieden sein konnte¹⁾. Wie sehr aber auch weiterhin das Augenmerk auf das Obligationenrecht als den der Vereinheitlichung in erster Linie bedürftigen Gegenstand gerichtet blieb, zeigt der Umstand, daß selbst, als nach Gründung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches die für die Schaffung eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs notwendige Zentralgewalt entstanden war, die Verfassungsurkunden in Art. 4 Ziff. 13 die privatrechtliche Gesetzgebungskompetenz nur auf das Obligationen-, Handels- und Wechselrecht erstreckten und es erst der am 20. 12. 1873 erfolgten Verfassungsänderung bedurfte, um freie Bahn zu bekommen für die Kodifikation des gesamten Zivilrechts²⁾.

2. Dem System des BGB. liegt bekanntlich die Aufteilung des Privatrechts in fünf Bücher zugrunde: in den das ganze Zivilrecht angehenden „Allgemeinen Teil“, in das Recht der Schuldverhältnisse, das Sachenrecht, das Familienrecht und das Erbrecht. Diese vom Gesetz beobachtete Reihenfolge weicht von der im gemeinen Recht üblichen insofern ab, als sie dem Rechte der Schuldverhältnisse den Platz vor dem Sachenrecht anweist. Ihre innere Berechtigung hat diese Stoffgruppierung insofern, als eine große Reihe von schuldrechtlichen Normen, wie z. B. die vom Erlöschen, der Übertragung, der Nichterfüllung des Leistungsanspruches, auf die aus sachen-, familien- und erbrechtlichen Verhältnissen sich ergebenden Ansprüche, soweit für diese nicht Sondernormen vorgesehen sind, teils unmittelbar teils analog anzuwenden ist³⁾. Dessen ungeachtet hat das japanische BGB. trotz seiner sonst so starken Anlehnung an das deutsche BGB. die gemeinrechtliche Systematik mit ihrer Platzierung des Sachenrechtes vor dem Obligationenrecht wiederhergestellt. Einen von den fünf Büchern unseres BGB. weit abweichenden Gesetzesaufbau hat das stammverwandte österreichische Recht aufzuweisen: sein ABGB. regelt in einem „ersten Teile“ das „Personenrecht“ und in einem zweiten Teile das „Sachenrecht“, das hier aber so viel wie „Vermögensrecht“ bedeutet und darum in die beiden Unterabteilungen zerfällt der „dinglichen Rechte“ und der „persönlichen Sachenrechte“. Unter letzteren sind die Schuldverhältnisse zu verstehen, in deren Rahmen freilich auch die „Ehepakte“ abgehandelt werden. Im französischen und italienischen Zivilgesetzbuch bildet das Recht der Schuldverhält-

¹⁾ Vergeblich ist die Arbeit trotzdem nicht gewesen. Als später das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich in Angriff genommen wurde und bei der Beratung des Entwurfes infolge des Todes v. KÜBELS der Kommission nur ein unvollständiger Vorentwurf für das Recht der Schuldverhältnisse zur Verfügung stand, wurde den Beratungen der Dresdener Entwurf zugrunde gelegt, der dadurch für unser BGB. von unmittelbarer Bedeutung geworden ist.

²⁾ Daß das Obligationenrecht im Vordergrund steht, sooft sich Vereinheitlichungstendenzen auf privatrechtlichem Gebiet geltend machen, beweist auch der im Oktober 1927 fertiggestellte Entwurf eines italienisch-französischen „Obligationen- und Kontraktrechts“, einer Reformarbeit, bei der sich der Wunsch nach einer Revision der Zivilgesetzbücher beider Länder verbunden hat mit dem Gedanken der „unification du droit privé entre les nations alliées et amies“.

³⁾ Im BGB. als selbstverständlich nicht erst besonders ausgesprochen. Vgl. dagegen Art. 7 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: „Die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge finden auch Anwendung auf andere zivilrechtliche Verhältnisse.“ — Wie weit im einzelnen Falle die entsprechende Anwendung zu gehen hat, läßt sich nicht allgemein, sondern nur in Ansehung des betreffenden Rechtsinstitutes sagen, um das es sich jeweilig handelt. Vgl. z. B. unten § 31 S. 79 Anmerkung 1 am Ende.

nisse einen Teil des dritten Buches, das „von den verschiedenen Arten der Erwerbung des (im zweiten Buche geregelten) Eigentums“ handelt, und das Obligationenrecht erscheint hier in Gemeinschaft nicht nur mit den Ehepakten, sondern auch mit der Erbfolge, die im österreichischen Rechte in der sich mit den „dinglichen Rechten“ befassenden Abteilung des „Sachenrechtes“ untergebracht ist.

3. Inhaltlich hat das Recht der Schuldverhältnisse des BGB., wie es bei der hohen Entwicklung des römischen Obligationenrechts nur natürlich ist, sehr viel gemeines Recht rezipiert, ohne deswegen eigener fruchtbarer Gedanken, namentlich in bezug auf eine sozialere Ausgestaltung der Rechtsinstitute zu entbehren. Diese Tendenzen sind namentlich im Mietvertrag und im Dienstvertrag zutage getreten: auf beiden Gebieten aber sind die Neuerungen des BGB. durch die Gesetzgebung der späteren Zeit vielfach überholt worden. Den Geist, in dem das BGB. die Vorschriften seines Obligationenrechts überhaupt verstanden wissen will, bringt der berühmte § 242 zum Ausdruck: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“, eine Bestimmung, deren rechtlicher Gehalt freilich nicht überschätzt werden darf. Denn für die Schuldverhältnisse, die aus Verträgen hervorgehen, besagt sie nichts, was sich nach § 157 nicht schon von selbst verstünde, und für die unmittelbar kraft Gesetzes entstehenden Obligationen wird das Ergebnis, zu dem § 242 führt, schon aus dem allgemeinen Postulat gewonnen, daß die Interpretation von Gesetzen den Bedürfnissen der Billigkeit und des Verkehrs Genüge tun muß. Der § 242 hat also vornehmlich programmatischen Wert, und sein Hauptverdienst liegt vielleicht darin, daß er sich selbst überflüssig gemacht hat, indem seine lapidare Fassung dazu beigetragen haben wird, daß in den drei Jahrzehnten seiner Geltung sein Inhalt zum juristischen Gemeinplatz geworden ist. Im übrigen ist noch darauf hinzuweisen, daß, wie jedes subjektive Recht, so auch der einem Schuldverhältnis entspringende Leistungsanspruch dem Grundsatz des § 226 untersteht, wonach die Ausübung eines Rechtes unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.

4. Das BGB. ist für das Obligationenrecht die *sedes materiae*, aber es ist nicht seine einzige Rechtsquelle.

a) Eine Unsumme von schuldrechtlichen Normen findet sich in Reichsspezialgesetzen, die nach dem bekannten, in Art. 32 des EG. aufgestellten Prinzip dem BGB. selbst dann vorgehen, wenn sie älter sind als dieses. Zu den älteren Reichsspezialgesetzen zählen nicht mehr die Allgemeine Deutsche Wechselordnung und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, weil der Text der ersteren auf Grund des § 5 des RGes. vom 30. 5. 1908 betr. den Wechselprotest in neuer Fassung publiziert worden ist (Bekanntmachung vom 3. 6. 1908; RGBl. S. 327 ff.) und weil letzteres zwecks Anpassung des Handelsrechtes an das Recht des BGB. durch das am 10. 5. 1897 verkündete, gleichzeitig mit dem BGB. in Kraft getretene neue Handelsgesetzbuch ersetzt worden ist. Soweit der schuldrechtliche Teil des Reichssonderrechtes dem Gebiet des Handels- und Wechselrechtes angehört, liegt er außerhalb des Rahmens unserer Darstellung. Die in das allgemeine bürgerliche Recht einschlagenden Reichsspezialgesetze werden an denjenigen Stellen des Systems namhaft gemacht werden, in deren Zusammenhang sie auftauchen.

b) Landesrechtliche Vorbehalte spielen im Rechte der Schuldverhältnisse im Gegensatz zum Sachenrecht nur eine geringe Rolle, namentlich seitdem die anfänglich dem Partikularrecht reservierten Materien des Versicherungsrechtes und des Verlagsrechtes (Art. 75, 76 EG.) ihre nachträgliche reichsrechtliche Regelung durch die Gesetze vom 19. 6. 1901 und vom 30. 5. 1908 erfahren haben und das ebenfalls den Einzelstaaten überlassen gewesene Gesinderecht nach der Revolution durch den Aufruf des Rates der Volksbeauftragten an das Deutsche Volk vom 12. 11. 1918

Abs. 1 Ziffer 8 (in Verbindung mit § 1 des Übergangsgesetzes vom 4. 3. 1919) beseitigt worden ist.

5. Die stoffliche Gliederung, die das Recht der Schuldverhältnisse im BGB. erfahren hat, wird — was bei der Auslegung des Gesetzes nicht immer genügend beachtet worden ist — beherrscht von dem Gegensatz der *lex generalis* und der *lex specialis*. Denn das Obligationenrecht enthält in den ersten sechs Abschnitten (§§ 241—432) Rechtssätze, die der Idee nach für alle Forderungsrechte gelten, und bringt in einem siebenten Abschnitt (§§ 433—853) Sonderregeln, durch die für die wichtigsten der im täglichen Leben vorkommenden Schuldverhältnisse jene allgemeinen Vorschriften ergänzt oder auch abgeändert werden. Dem Vorgang des Gesetzes folgend werden wir unseren Grundriß ebenfalls in einen allgemeinen und einen besonderen Teil zerlegen¹⁾. Im allgemeinen Teile ist von der Frage zu handeln, mit welchem Inhalt und in welcher Weise eine Obligation entsteht, wie sie untergeht, welche Veränderungen sie zwischen Entstehung und Untergang, sei es hinsichtlich ihres Inhalts, sei es hinsichtlich ihrer Subjekte, erleiden kann, welche Komplikationen sich aus einer etwaigen Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern ergeben. Im besonderen Teile sind die einzelnen vom Gesetz mit Spezialnormen ausgestatteten Schuldverhältnisse darzustellen. Dabei sind bezüglich der Grenzziehung zwischen allgemeinem und besonderem Teile Meinungsverschiedenheiten denkbar. Für den Systematiker ist die Stoffverteilung, wie sie das Gesetz vorgenommen hat, um so weniger bindend, als sie einheitliche Kriterien durchaus vermissen läßt. So findet sich im BGB. das Sicherungsmittel der Vertragsstrafe (mit Recht) im Rahmen der allgemeinen Lehren des Schuldrechts abgehandelt, während das Sicherungsmittel der Bürgschaft und das Schuldbereinigungsmittel des Vergleichs (zu Unrecht) unter die einzelnen Schuldverhältnisse gereiht sind; der einen sehr spezifischen Obligationseinheit erzeugende Rücktritt vom Vertrag ist vom BGB. (wiederum mit Recht) im allgemeinen Obligationenrecht, das eines sehr verschiedenen Inhalts fähige abstrakte Schuldversprechen (grundlos) im besonderen Teile untergebracht; der vom Normaltypus eines Schuldverhältnisses stark abweichende Vertrag zugunsten eines Dritten gehört nach dem BGB. (richtigerweise) zum allgemeinen, die Anweisung (sinnwidrigerweise) zum besonderen Teile des Rechtes der Schuldverhältnisse. Ein positives Merkmal für das Besondere im Sinne der hier zur Besprechung stehenden Systematik wird sich freilich kaum finden lassen; aber negativ läßt sich sagen, daß Schuldverhältnisse, die nicht nur einen einzigen Leistungstypus aufweisen bzw. nicht nur einem einzigen rechtlichen Zwecke dienen, nicht in den speziellen Teil des Obligationenrechts gehören. Unter diesen Gesichtspunkten sind die Abweichungen vom System des BGB. zu verstehen, auf die der Leser im Verlauf der Darstellung stoßen wird.

§ 3. Literatur des Rechtes der Schuldverhältnisse²⁾.

1. **Kommentare:** STAUDINGERS Kommentar zum BGB., 9. Aufl., II, Teil 1 (Allgem. Lehren des Rechtes der Schuldverhältnisse, erläutert von ALFRED WERNER, 1930), Teil 2 und 3 (Einzelne Schuldverhältnisse, erläutert von KOBER, NIPPERDEY, ENGELMANN und GEILER, 1928/9); PLANCKS Kommentar zum BGB., 4. Aufl.,

¹⁾ Der Vorschlag, den HENLE anlässlich einer Besprechung der ersten Auflage dieses Buches gemacht hat, die Zweiteilung des Obligationenrechts aufzugeben und „die besonderen Lehren auf die allgemeinen zurückzuführen“ (Archiv f. civil. Praxis N. F. 3, 250), würde weder unter juristisch-logischen, noch unter didaktischen Gesichtspunkten eine Verbesserung der Systematik bedeuten.

²⁾ Die folgende Zusammenstellung enthält nur die Literatur, die sich mit dem ganzen Obligationenrecht oder doch wenigstens mit seinem allgemeinen Teile befaßt und führt auch hier nur die bedeutsameren Erscheinungen auf. Die Literatur zu den Einzelfragen ist (in sparsamem Umfang) an den einschlägigen Stellen des Systems namhaft gemacht.

1. Hälfte (Allgem. Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse, erläutert von SIBER, 1914), 2. Hälfte (Besonderer Teil, erläutert von KNOKE, GUNKEL, OEGG, LOBE, STRECKER, LANDOIS, FLAD, GREIFF, 1928); Das Bürgerl. Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (sogenannter „Kommentar der Reichsgerichtsräte“), 7. Aufl. 1928, I (enthält neben dem Allgem. Teil des BGB. die Allgem. Lehren des Rechtes der Schuldverhältnisse, erläutert von MICHAELIS), II (Einzelne Schuldverhältnisse, erläutert von LOBE, OEGG, SAYN, SCHLEWES, SEYFFARTH); OERTMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., I (Allgem. Lehren, 1928), II (Besonderer Teil, 1929). Reichhaltige Judikaturnachweise enthält SOERGELS Kommentar zum BGB., 4. Aufl., 1929 (Das Recht der Schuldverhältnisse — dargestellt in Bd. I, S. 331ff. — ist erläutert von HAHNE, SCHERLING und KESSLER).

2. Systematische Darstellungen: FRANZ LEONHARD, Allgem. Schuldrecht des BGB., 1929; Besonders Schuldrecht des BGB., 1931 (aus BINDINGS Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft); ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung, 1930 (2. Band des Lehrbuchs des Bürgerl. Rechts von ENNECCERUS-KIPP-WOLFF); KRESS, Lehrbuch des Allgem. Schuldrechts, (1929); HECK, Grundriß des Schuldrechts (1929); HEDEMANN, Schuldrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs in „Grundrisse der Rechtswissenschaft“, 2. Aufl. (1931); SIBER, Schuldrecht (Grundriß des Bürgerl. Rechts II, 1931); COSACK-MITTEIS, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 8. Aufl., I (1927) S. 333ff., II, 1 (1924) S. 390ff., 444ff., II, 2 (1924) 1ff.; KOHLER, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II, 1 (1906); SIMEON-DAVID, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts II, 1 (14. u. 15. Aufl. 1928) S. 275ff.; RUDOLF SCHMIDT, Bürgerl. Recht (1927) S. 131ff.; JUNG in STAMMLEB, Das gesamte deutsche Recht I (1931) S. 753—911.

3. Die Brücke vom Obligationenrecht des gemeinen Rechtes zu dem des BGB. schlagen WINDSCHEID-KIPP, Pandekten II (9. Aufl., 1906) einerseits und O. v. GIERKE, Deutsches Privatrecht III (1917) andererseits.

4. Eine Reihe von Prinzipienfragen aus dem Rechte der Schuldverhältnisse erörtern GUSTAV HARTMANN, Die Obligation (1875); SIBER, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis (1903) und DE BOOR, Die Kollision von Forderungsrechten (1928).

5. Zur Einführung in die Literatur des ausländischen Obligationenrechts seien genannt:

a) für Österreich: EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II, 1 (2. Aufl., 1928); HASENÖHRL, Das österreichische Obligationenrecht, 2 Bde. (2. Aufl., 1892, 1899); v. SCHEY, Obligationsverhältnisse I (1890).

b) für die Schweiz: v. TUHR, Allgem. Teil des schweizerischen Obligationenrechts (1924/25); ROSSEL, Manuel du droit fédéral des obligations (4. Aufl., 1920).

c) für Frankreich: PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil II (10. éd.; 1926); COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français II (6. édit., 1931); PLANIOL et RIPERT et ESMEIN, Traité pratique de droit civil français VI (1930), VII (1931); DEMOGUE, Traité des obligations en général, bisher erschienen T. I—VI (1923—1932); CROME, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts (1894).

d) für Italien: DE RUGGIERO, Istituzioni di diritto civile I, II (5. ed., 1929, 30); VENZI, Manuale di diritto civile italiano (5. ed., 1931); PACIFICI-MAZZONI, Istituzioni di diritto civile italiano IV (1920), V (1921); PACCHIONI, Trattato delle obbligazioni secondo il diritto civile italiano (1927); GIORGI, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano I—IX (7. ed., 1910—1926).

e) für England: SCHIRRMESTER-PROCHOWNIK, Das Bürgerl. Recht Englands II (1929); CURTI, Englands Privat- und Handelsrecht II (1927); RHEINSTEIN, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht (Heft 5 der vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebenen Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 1932);

JENKS, A Digest of English Civil Law I (2. ed., 1921) S. 85ff.; ANSON, Principles of the Law of Contracts (17. ed., 1929); POLLOCK, Principles of Contract (9. ed., 1921); DERSELBE, Principles of Torts (13. ed., 1929); SALMOND, Law of Tort (7. ed., 1928); SALMOND and WINFIELD, Principles of the Law of Contracts (1927).

f) An neueren Gesetzentwürfen liegen (abgesehen von dem oben § 2 Anm. 2 erwähnten Entwurf eines französisch-italienischen Obligationenrechts) vor: Ein Entwurf eines Zivilgesetzbuchs für Ungarn v. Jahre 1928 (dazu SZLADITS in der Deutschen Juristen-Zeitung 1928 S. 1226f.; im Gegensatz zu dem 1914 publizierten Entwurf, als dessen Überarbeitung er sich darstellt, ist der neue Entwurf noch nicht in deutscher Sprache erschienen) und der Entwurf eines BGB. für die tschechoslowakische Republik (amtl. deutsche Übersetzung v. Jahre 1924; dazu SCHUMANN, La théorie des obligations dans le projet du code civil tchécoslovaque).

6. Als Nachschlagewerke kommen in Betracht: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von ELSTER und STIER-SOMLO (7 Bde., 1926ff.) und Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von SCHLEGELBERGER in Gemeinschaft mit HEINRICI, MAGNUS, MÜGEL, SIMONS, TITZE, WOLFF (bisher erschienen Bd. 1—4, 1927ff.).

7. Ein wertvolles Unterrichtsmittel ist RÜHL, Juristischer Anschauungsstoff (Heft 1, Bürgerl. Recht und Arbeitsrecht; 1931).

Erster Teil.

Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel.

Die Leistung als Obligationsinhalt.

I. Die gegenständliche Seite der Leistung.

§ 4. Arten des Leistungsgegenstandes.

1. Daß die Leistung des Schuldners sowohl in einem Tun wie in einem Unterlassen bestehen kann, ist vorhin schon erwähnt worden.

a) Das Tun kann entweder ein *facere*, d. h. eine Arbeitsleistung, einfacher oder komplizierter Natur sein; oder es kann ein *dare* darstellen, worunter hier in Abweichung von der römischrechtlichen Terminologie jedes Hingeben eines Gegenstands, sei es zu Übereignungs-, sei es zu Gebrauchsüberlassungs-, sei es zu Restitutionszwecken, verstanden werden soll. Und natürlich kann das Tun, zu dem der Schuldner verpflichtet ist, sowohl auf ein *facere* wie auf ein *dare* gerichtet sein.

b) Was das Unterlassen angeht, so kommen nur solche Verpflichtungen in Betracht, die nach unseren Rechts- und Sittenbegriffen nicht als etwas Selbstverständliches erscheinen. Darum keine gültige Verbindlichkeit des einen Teiles, den anderen nicht zu bestehlen oder nicht zu kränken oder nicht zu verleumden. Und ferner dürfen die Unterlassungspflichten nicht die Bewegungsfreiheit des Schuldners in sittenwidriger Weise einengen. So kann sich der Verkäufer eines Handelsgewerbes wohl dem Käufer gegenüber verpflichten, in der betreffenden Stadt oder innerhalb eines bestimmten Distrikts oder, falls nach der Eigenart der Branche ein noch weitergehendes Schutzbedürfnis des Gläubigers vorliegt, in ganz Deutschland vielleicht sogar in der ganzen Welt kein Konkurrenzunternehmen aufzutun. Er könnte aber nicht wirksam versprechen, sich in Zukunft überhaupt jeder Tätigkeit bzw. jeden Gewerbebetriebs zu enthalten. Wirtschafts- und sozialpolitisch von besonderer Bedeutung sind die Unterlassungspflichten, die Angestellte beim Ausscheiden aus dem Betrieb, in dem sie beschäftigt waren, vermittelt der sogenannten Konkurrenzklausele auf sich nehmen. Die hier bestehenden Interessenkollisionen und die durch sie erzeugten gesetzgeberischen Probleme sind des näheren im Handelsrecht und im Sozialrecht darzustellen.

2. Schuldgegenstand kann eine einmalige oder eine wiederkehrende oder eine fortgesetzte Leistung sein.

a) Ein Beispiel der ersteren Art ist die Verpflichtung des Verkäufers zur Übereignung des verkauften Pferdes, des Unternehmers zur Lieferung der bestellten Maschine, des Darlehensempfängers zur Kapitalrückzahlung.

b) In der zweiten Gruppe von Fällen kann die Leistungspflicht des Schuldners in regelmäßigen Zeiträumen wiederkehren, wie bei der Zinspflicht, der Rentenpflicht, dem Abzahlungsgeschäft mit monatlicher Abtragung des Kaufpreises, oder in unregelmäßigen Zwischenräumen, wie etwa da, wo bestimmte Quantitäten einer Ware auf jeweiligen Abruf zu liefern sind, oder wo auf fünf „im Laufe des Winters zu

veranstaltende“ Konzerte abonniert ist. Mit einem Unterfall eines Forderungsrechtes auf wiederkehrende Leistungen haben wir es bei den sogenannten Sukzessivlieferungsverträgen zu tun: das sind Verträge, wo eine Mehrheit nacheinander zu bewirkender Lieferungen dergestalt geschuldet ist, daß sich letztere nicht als Raten einer einheitlichen Leistung, sondern als jeweils selbständige Glieder einer ganzen Leistungskette darstellen.

c) Fortgesetzte Leistungspflichten finden wir beim Vermieter, der die Gebrauchsüberlassung, und beim Angestellten, der die Arbeit für einen ganzen Zeitraum schuldet. Auch die auf ein Unterlassen gerichteten Verbindlichkeiten gehören gewöhnlich zu dieser Kategorie, wenschon einmalige oder wiederkehrende Leistungspflichten hier sehr wohl denkbar sind. Der in der Literatur geprägte und nur scheinbar fruchtbare Begriff des „Dauerschuldverhältnisses“ ist nicht mit unseren Forderungsrechten auf fortgesetzte Leistung identisch, da er möglicherweise auch solche auf wiederkehrende, ja selbst solche auf einmalige Leistung umfaßt.

3. Die Leistung, die der Schuldner zu bewirken hat, kann teilbar oder unteilbar sein. Sie ist ersteres, wenn sie, ohne dadurch ihren Gesamtwert einzubüßen, mittelst mehrerer inhaltsgleicher Leistungen erbracht werden kann. Und sie ist letzteres, wenn solche Ersetzbarkeit nicht besteht. Ob das eine oder das andere der Fall ist, bestimmt sich nicht nach äußerlichen Merkmalen des Leistungsgegenstandes, sondern nach dem gesamten Inhalt des Schuldverhältnisses. Soweit hiernach Teilbarkeit gegeben ist, besagt letztere, wie wir noch sehen werden, nicht, daß der Schuldner zu Ratenzahlungen berechtigt sei. Sondern die Frage nach der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit einer Leistung wird einmal dann praktisch, wenn das Schuldverhältnis mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner aufweist, und ferner, wenn der Schuldner die Leistung nicht vollständig zu erbringen vermag. Denn letzterenfalls liegt bei teilbarer Leistung partielle, bei unteilbarer totale Leistungsunmöglichkeit vor.

4. Da, wo Sachen Gegenstand des Schuldverhältnisses sind, kann die vom Schuldner zu erbringende Leistung entweder nur der Gattung nach oder sie kann individuell, speziell bestimmt sein. Von dieser Einteilung der Schuldverhältnisse in Gattungsschulden und Speziesschulden ist im folgenden Paragraphen zu handeln.

§ 5. Die Gattungsschuld.

Literatur: KISCH, Gattungsschuld und Wahlschuld. Eine begriffliche Abgrenzung. München und Leipzig 1912; БАТЪЕ, Artikel „Gattungsschuld“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 3, 1931).

1. Der Leistungsgegenstand ist speziell bestimmt, wenn er nach individuellen Merkmalen charakterisiert ist; er ist lediglich generell bestimmt, wenn er von den Parteien nur nach Artmerkmalen gekennzeichnet ist. Danach liegt Speziesschuld vor, wenn jemand aus seiner Sammlung ein bestimmtes Gemälde, aus seinem Stalle ein bestimmtes Pferd, aus seinem Schaufenster das dort ausgelegte antiquarische Exemplar eines literarischen Werkes verkauft. Hingegen hätten wir es mit Gattungsschulden zu tun, wenn jemand „dreihundert Zentner Koks“ oder „fünfzig Flaschen Rüdesheimer“ oder „hundert Scheffel Weizen“ zu leisten hat. Meistens handelt es sich bei den Gattungsschulden, wie schon die gebrauchten Beispiele zeigen, um die Lieferung von vertretbaren Sachen. Aber eine rechtliche Notwendigkeit, daß dem so sei, besteht nicht, da der Begriff der Gattungsschuld und der der vertretbaren Sache an sich einander nichts angehen. Denn die Vertretbarkeit einer Sache ist eine ihr vom Verkehr beigelegte, ihr also objektiv anhaftende und darum der Parteiwillkür entrückte Eigenschaft, die besagt, daß zwei gleiche Quantitäten ein und derselben Sachqualität für den Markt gleichwertig sind und deshalb die eine durch die andere ersetzt werden kann (§ 91). Ob hingegen der Lei-

stungsgegenstand eines Schuldverhältnisses der Gattung nach bestimmt ist oder nicht, hängt allein von den über den Inhalt des Schuldverhältnisses befindenden Parteien ab, so daß der generische Charakter einer Obligation nicht auf eine objektive Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes, sondern nur auf eine Eigenart des konkreten Obligationsinhaltes hinweist: es gibt wohl Gattungsschulden, aber keine Gattungssachen. Darum können auch nicht-vertretbare Sachen zum Gegenstand einer Gattungsschuld gemacht werden: obwohl Gemälde oder Tiere gewiß nicht zu den Dingen gehören, die nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen, kann sich jemand beim Kunsthändler „fünf Landschaftsbilder“ oder beim Pferdehändler „zwei Reitpferde“ oder „drei Zugpferde“ bestellen. Und umgekehrt schließt die Vertretbarkeit einer Sache nicht aus, daß hinsichtlich letzterer eine Speziesschuld begründet wird. Das gilt sogar von der vertretbarsten Sache, nämlich vom Gelde. Man denke, daß ein berühmter Literat testierte, er vermache das erste Zwanzigmarkstück, das er in seiner Jugend aus schriftstellerischer Tätigkeit vereinnahmt und seitdem aufbewahrt habe, seinem Neffen als Familienerinnerung. Dieses Zwanzigmarkstück würde dadurch gewiß nicht aufhören, eine vertretbare, vom Verkehr wie jedes andere Zwanzigmarkstück gewertete Sache zu sein, und wäre doch zum Gegenstand einer auf eine Speziessache gerichteten Vermächtnisschuld geworden.

2. Das Wesen der Gattungsschuld, demzufolge jedes Stück aus der Gattung tauglicher Leistungsgegenstand ist, birgt ein Moment der Unbestimmtheit in sich, das dem Obligationenrecht besondere Probleme stellt.

a) Da wo die Gattung, zu der die geschuldete Ware gehört, Sorten von verschiedener Qualität aufweist, entsteht die Frage, ob der Schuldner die zu leistende Qualität frei auswählen könne. Sie ist dahin zu beantworten, daß der Schuldner, sofern sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, Sachen mittlerer Art und Güte, bei Handelsgeschäften Handelsgut mittlerer Art und Güte zu leisten hat (§ 243 Abs. 1 BGB., § 360 HGB.). Er muß also im Zweifel nicht die beste, darf aber auch nicht, wie im Römischen Rechte, die schlechteste Qualität anbieten. Und der Gläubiger kann, wenschon dies bestritten ist, mittlere Ware nicht nur im Gegensatz zur schlechteren, sondern auch zur besseren Qualität verlangen. Denn er kann an der mittleren Sorte wegen des geringeren Preises, aber selbst bei gleicher Preislage deswegen interessiert sein, weil er für die Primaqualität (man denke z. B. an Kaffee) keine Abnehmer findet.

b) Die Gattungsschuld kann als solche begründet, aber nicht als solche erfüllt werden. Denn geleistet werden soll und kann letzten Endes immer nur ein Stück aus der Gattung. Jedes Gattungsschuldverhältnis stößt darum in seinem Verlauf auf einen Zeitpunkt, in dem es sich auf ein bestimmtes, aus der Gattung ausgeschiedenes Stück „spezialisiert“ oder „konkretisiert“ oder „konzentriert“. Dieser Zeitpunkt ist von großer Bedeutung und bedarf darum genauer Fixierung. Denn vom Moment der Konzentration an braucht der Schuldner nur das aus der Gattung ausgeschiedene Stück zu leisten und kann der Gläubiger, soweit er daran ein Interesse hat, gerade dieses Stück fordern. Ersteres wird besonders praktisch im Falle des zufälligen Untergangs des vom Schuldner zur Leistungsbewirkung aus der Gattung ausgewählten Gegenstands: der Weinhändler hat zehn seinem Keller entnommene Flaschen Rudesheimer seinem Boten zwecks Ablieferung an den Käufer mitgegeben und der Bote wird unterwegs beraubt. Hier ist der Schuldner von jeder weiteren Leistungspflicht aus dem Gesichtspunkt der unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit befreit, wenn das Ereignis nach erfolgter Konzentration eingetreten ist, wohingegen er auf Lieferung aus der Gattung weiter haftet, wenn es sich vor erfolgter Konzentration eingestellt hat, so daß die Lehre von der Konkretisierung der Gattungsschuld mit der Lehre von der Gefahrtragung nicht nur im engsten Zusammenhang steht, sondern der Zeitpunkt der Konkretisierung geradezu den

Zeitpunkt des Gefahrübergangs vom Schuldner auf den Gläubiger darstellt¹⁾. Wo aber liegt dieser Zeitpunkt? Das BGB. beantwortet diese im gemeinen Rechte stark umstrittene Frage für den Fall mangelnder Parteivereinbarung dahin, daß die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld vor sich geht, „sobald der Schuldner das zur Leistung der Sache seinerseits Erforderliche getan hat“ (§ 243 Abs. 2). Kann hiernach, wie selbstverständlich, vor erfolgter Ausscheidung von einer Konzentration der generischen Verbindlichkeit nicht die Rede sein, so ist doch die Ausscheidung als solche zur Herbeiführung der Konkretisierung noch nicht ausreichend. Keinesfalls bei Bringschulden. Aber auch nicht ohne weiteres bei Holschulden. Das ergibt sich aus § 300 Abs. 2, der lautet: „Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt.“ Bringen wir das für den Gefahrübergang auf den Gläubiger hier aufgestellte Erfordernis des Annahmeverzugs²⁾ mit dem Inhalt des § 243 in diejenige enge Verbindung, wie sie das oben erwähnte korrelate Verhältnis von Gefahrtragung und Konzentration fordert, so bekommen wir als Ergebnis: die Konkretisierung der Gattungsschuld vor erfolgter Erfüllung verlangt, daß der Schuldner ausgeschieden und den Gläubiger in Annahmeverzug gesetzt hat³⁾.

c) Ein dritter Sonderrechtssatz für Gattungsschulden findet sich in § 279, wo für sie der Kreis der vom Schuldner zu vertretenden Umstände weiter gezogen ist als für Speziesschulden. Davon wird in anderem Zusammenhang zu handeln sein⁴⁾.

d) Die hier unter a—c entwickelten Rechtssätze gelten grundsätzlich für alle Gattungsschulden. Immerhin ist dabei mit einer gewissen Vorsicht zu verfahren. Denn die Grenzen der Gattung, aus der geliefert werden soll, können sehr verschieden weit abgesteckt sein. Es ist möglich, daß der Schuldner schlechthin „Tischwein“ oder „Kohlen“ oder „Getreide“ zu liefern hat. Oder die Gattung kann nach Produktionsort, -art oder -zeit beschränkt sein: „hundert Flaschen 1911er Rüdeshheimer Berg“ oder „Prima Schmelzkoks aus der Zeche Dannenbaum“ oder „Ungarischer Weizen, gute gesunde Durchschnittsqualität diesjähriger Ernte“. Ja, die generische Bestimmtheit kann noch viel enger sein: „fünf Scheffel Getreide aus der Scheune des X“; „drei Hammel aus der Herde des Y“; „ein Bild aus der Gemäldesammlung des Z“. Sie kann so eng sein, daß sich im einzelnen Falle zweifeln läßt, ob dem Schuldverhältnis überhaupt noch die Merkmale der Gattungsschuld und nicht vielmehr die der später zu betrachtenden Wahlschuld eignen. Aber auch da, wo noch eine zweifellose Gattungsschuld vorliegt, kann sich aus der Beschränktheit der Gattung die Unanwendbarkeit des einen oder andern der obigen Rechtssätze, namentlich des unter a und c gedachten, ergeben (sogenannte gemischt-

¹⁾ Der Begriff der Gefahrtragung bedeutet im Obligationenrecht Belastung des Vermögens einer der beiden Parteien des Schuldverhältnisses mit den durch ein zufälliges Ereignis herbeigeführten wirtschaftlichen Nachteilen. Dabei wird der Begriff der Gefahrtragung in einem doppelten Sinne verwendet: in dem einen Falle handelt es sich um die Frage, ob ein vom Schuldner für die Leistung bestimmter, alsdann durch einen Zufall untergegangener Gegenstand vom Gläubiger entbehrt oder vom Schuldner noch einmal aufgebracht werden soll (sogenannte Leistungsgefahr) im anderen Falle geht die Frage dahin, ob der Schuldner in Ansehung eines durch Zufall untergegangenen Leistungsgegenstandes den Anspruch auf die Gegenleistung behält oder verliert (sogenannte Vergütungsgefahr). Im obigen Texte ist von der Gefahrtragung in der ersteren Bedeutung des Wortes die Rede. Wegen der zweiten Fallgruppe vgl. unten § 31 unter 2a und § 41 unter 3a. Das Problem der Leistungsgefahr ist den Gattungsschulden eigentümlich und die Frage nach der Vergütungsgefahr kann hier nicht auftauchen, solange die Leistungsgefahr noch vom Schuldner getragen wird. Denn der Begriff der Vergütungsgefahr ist nur auf Schuldverhältnisse anwendbar, die Speziesschulden entweder von vornherein gewesen oder im Wege der Konkretisierung geworden sind.

²⁾ Über diesen Begriff unten § 32.

³⁾ Über die bedeutsame Ausnahme, die sich von obiger Regel aus § 447 ergibt, unten § 41 unter 3a (S. 112 Anm. 4).

⁴⁾ Unten § 29 unter 3a (S. 74).

generische Obligationen). Der Kauf einer zwar noch ungemessenen, im übrigen aber individuell bestimmten Menge (etwa des in einer Scheune noch lagernden Getreiderestes) stellt keinen Gattungs-, sondern einen Spezieskauf dar mit subjektiv ungewisser, objektiv aber feststehender Leistungsquantität.

§ 6. Die Geldschuld.

Literatur: MARTIN WOLFF, Das Geld, in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, Bd. 4, I (Leipzig 1917) S. 563 ff.; DE BOOR, Die deutsche Rentenbank und das Privatrecht (Berlin 1924); NUSSBAUM, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechtes (Tübingen 1925); DERSELBE, Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes (Heft 1 der vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebenen Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Berlin 1928); JUNG, Das privatrechtliche Wesen des Geldes (Marburg 1926); SOBERNHEIM, Artikel „Geld“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 3, 1931); ASCARELLI, La moneta. Considerazioni di diritto privato (Padua 1928). Aus der umfangreichen Aufwertungsliteratur seien genannt: MÜGEL, Das gesamte Aufwertungsrecht (5. Aufl., Berlin 1927); DERSELBE, Kommentar zu den neuen Aufwertungsgesetzen (Berlin 1930); SCHLEGELBERGER-HARMENING, Das Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1925 (5. Aufl., Berlin 1927); DIESELBEN, Die Aufwertungsschlusssätze (Berlin 1930); QUASSOWSKI, Kommentar zum Aufwertungsgesetz (5. Aufl., Mannheim 1927); NUSSBAUM, Die Bilanz der Aufwertungstheorie (Tübingen 1929); HARMENING, Artikel „Aufwertung“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929).

1. Die gemischt-generische Obligation, von der vorhin die Rede war, zeichnete sich durch die starke Begrenztheit der für die Leistung in Betracht kommenden Gattung aus. Im Gegensatz dazu gibt es Gattungsschulden, denen ein Gattungsbegriff von anormaler Weite eigen ist. Das sind die Geldschulden.

Geld ist der allgemeine Wertmesser und das allgemeine Tauschmittel für die Güter der menschlichen Bedürfnisbefriedigung. Je nach ihrer Kulturstufe haben die Völker im Verlauf der Geschichte sich sehr verschiedener Dinge zu diesem Zwecke bedient: des Viehs, des Kupfers, der Edelmetalle, zu denen schließlich das Papiergeld getreten ist. Am Gelde interessiert uns hier nicht die wirtschaftliche, sondern nur die juristische Seite. Und da läßt sich von Geld in einem weiteren und in einem engeren Sinne reden. In einem weiteren Sinne faßt man darunter alle Fungibilia zusammen, die in einem bestimmten Gebiet tatsächlich als Wertmesser und Tauschmittel zirkulieren, denen also der Verkehr Geldfunktion zuschreibt (usuelles Geld, Verkehrsgeld). Im engeren Sinne bezeichnet man als Geld diejenigen vertretbaren Sachen, denen die Rechtsordnung die Fähigkeit, allgemeines Wertausdrucksmittel zu sein, besonders verliehen hat und deren Annahme darum bei Geldzahlungen vom Gläubiger nicht ohne Rechtsnachteil verweigert werden kann (Zwangsgeld, Staatsgeld, Währungsgeld). In beiderlei Bedeutung des Wortes ist beim Gelde auseinander zu halten der innere Wert, d. i. der Wert des Stoffes, aus dem das Geld hergestellt ist, bei der Münze also der Metallwert (das Papiergeld hat in diesem Sinne keinen inneren Wert); sodann der Nennwert, d. i. der Wert, den die ausgebende Stelle den Geldstücken durch Prägung oder Druck zuschreibt, und der Kurswert, d. i. der Wert, zu dem das Geld im Verkehr tatsächlich gegeben und genommen wird. Beim Währungsgeld unterscheidet man das Kurantgeld, d. i. das vollwichtig oder nahezu vollwichtig ausgeprägte Geld, wo sich also Nennwert und innerer Wert annähernd decken und das wegen dieses seines Vollgehalts auch bei den größten Beträgen in Zahlung genommen werden muß, und die Scheidemünzen, die nicht vollwichtig ausgeprägt sind und die wegen dieser Inkongruenz von Nennwert und innerem Werte nicht über bestimmte Summen hinaus in Zahlung genommen zu werden brauchen. Der volkswirtschaftlich schädlichen Zirkulation eines Übermaßes an barem Gelde sucht der sogenannte bargeldlose Verkehr zu steuern, dessen Hilfsmittel (Wechsel, Scheck, Banküberweisung) nicht im Rahmen des allgemeinen Obligationenrechts darzustellen sind.

2. Die deutschen Geldverhältnisse hatten in Friedenszeiten ihre letzte zusammenfassende Regelung im Reichsmünzgesetz vom 1. Juni 1909 erfahren, dessen stolzer, auf der Goldwährung aufgebauter Inhalt ein Spiegelbild der wirtschaftlichen Stärke des deutschen Kaiserreiches war. Als Rechnungseinheit seines Münzsystems sah das Münzgesetz die in hundert Pfennige eingeteilte Mark, als Kurantgeld goldene Zehn- und Zwanzigmarkstücke, als Scheidemünzen teils Silbergeld (Fünf-, Drei-, Zwei-, Eine- und Halbmarkstücke), teils Nickelgeld (Fünfundzwanzig-, Zehn- und Fünfpfennigstücke), teils Kupfergeld (Zwei- und Einpfennigstücke) vor. Silbermünzen brauchten von Privatpersonen nur im Betrag von zwanzig, Nickel- und Kupfermünzen nur im Betrag von einer Mark in Zahlung genommen zu werden (MünzG. §§ 1, 2, 9)¹⁾. Papiergeld als Zwangsgeld kannte das Münzgesetz selbst nicht. Wohl aber waren durch eine ebenfalls vom 1. Juni 1909 datierte Novelle zum Bankgesetz die Noten der Reichsbank für gesetzliches Zahlungsmittel, also für Geld im engeren Sinne erklärt worden. Da die Reichsbank verpflichtet war, diese Inhaberschuldverschreibungen jederzeit in Gold einzulösen, und da sie vermöge der hohen ihr gesetzlich auferlegten Deckung zu solcher Einlösung auch jederzeit imstande war, so hatte diese Novelle zum Bankgesetz an der bis dahin bestehenden Goldwährung nur in der Form, aber kaum in der Sache etwas geändert.

Als usuelles, lediglich verkehrsmäßiges Geld kam in der Vorkriegszeit einmal das ausländische Geld in Betracht, das ohne Annahmewang vielfach, namentlich in den Grenzgebieten, als Tauschmittel und Wertmesser zirkulierte. Ferner waren als Geld im weiteren Sinne anzusprechen die Scheidemünzen des Münzgesetzes, sofern sie über die gesetzliche Zwangssumme hinaus in Zahlung gegeben und genommen wurden. Und endlich gehörten hierher zwei Arten von Wertpapieren: die sogenannten Reichskassenscheine, zu deren Ausgabe das Deutsche Reich auf Grund eines Gesetzes vom 30. 4. 1874 ermächtigt worden war und hinsichtlich deren bis zum Kriege ein Zwang zur Annahme nur für die öffentlichen Kassen bestand, und sodann die Noten derjenigen Banken, die in Deutschland auch heute noch außer der Reichsbank die Befugnis zur Notenausgabe haben. Es handelte sich dabei um die Bayrische Notenbank, die Sächsische Bank, die Württembergische Notenbank und die Badische Bank, deren Noten in den betreffenden Staaten, gelegentlich wohl auch darüber hinaus als Geld umliefen und von der ausgebenden Bank natürlich jederzeit in Gold eingelöst werden mußten, während im übrigen eine Verpflichtung zu ihrer Annahme weder für öffentliche Kassen noch für Privatpersonen, sondern höchstens für die Notenbanken untereinander gegeben war.

Das hier geschilderte, fest fundierte Münzsystem wurde durch den Krieg faktisch und rechtlich auf das schwerste erschüttert. Sofort nach Kriegsbeginn wurden die Reichskassenscheine zum gesetzlichen Zahlungsmittel erhoben (Bundesratsverordnung vom 4. 8. 1914). Gleichzeitig wurde die Reichsbank von der Verpflichtung zur Einlösung ihrer Banknoten, die Reichshauptkasse von der Verpflichtung zur Einlösung der Reichskassenscheine entbunden und den Privatnotenbanken die Befugnis zugesprochen, zur Einlösung ihrer Banknoten Reichsbanknoten zu verwenden. Und es wurden ferner Darlehnskassen errichtet, die für den Betrag der bewilligten Darlehen das Recht zur Ausgabe von Darlehnskassenscheinen bekamen mit Zwangskurs für alle öffentlichen Kassen (aber nicht für den Privatverkehr). Und endlich ist durch eine Verordnung vom 13. 4. 1920 alles Silbergeld außer Kurs gesetzt worden, für das später ein Reichsgesetz vom 26. 5. 1922 (ergänzt durch Reichsgesetz vom 2. 2. 1923) Ersatzmünzen aus anderem

¹⁾ Keine Reichsmünze, sondern eine aus der Zeit vor der deutschen Münzeinheit stammende Landesmünze war der Silbertaler. Er hatte bis zum 1. Oktober 1907 den Charakter von Kurantgeld, weshalb man bis dahin die deutsche Währung als „hinkende Goldwährung“ bezeichnete.

Metall zu schaffen die Möglichkeit vorsah¹⁾. So herrschte schließlich das reine Papiergeldsystem, zu dessen staatlichen Erscheinungsformen sich noch das zahlreiche Notgeld von Kommunalverbänden ja selbst von Privatanstalten gesellte — ein Unwesen, dem das Reichsgesetz vom 17. 7. 1922 über die Ausgabe und Einlösung von Notgeld entgegenzutreten versuchte.

Erst als das Assignatenehend die Bedrängnis des Volkes auf das Äußerste steigen ließ, ergriff das Wirtschaftsleben teils aus sich selbst heraus, teils mit Hilfe der Gesetzgebung die erforderlichen Abwehrmaßnahmen. Es würde zu weit führen, auf die verschiedenen Wege, die man beschritt, um zu stabilen Wertmessern zu gelangen, im einzelnen einzugehen (Rechnen nach dem Roggen- oder Weizenpreis; nach der Dollargoldmark, der Feingoldmark, der Steuergoldmark; Ausgabe von Dollarschatzanweisungen und wertbeständigem Notgeld usw.). Nur eines neuen, aus der Not der Zeit geborenen Umlaufmittels muß hier, wenigstens in Kürze, gedacht werden: der sogenannten Rentenmark. Ihre gesetzliche Grundlage ist die Verordnung vom 15. 10. 1923 über die Errichtung der deutschen Rentenbank gewesen. Letztere wurde als juristische Person des Privatrechts mit einem Kapital begründet, das zu gleichen Teilen von der Landwirtschaft einerseits, von Industrie, Gewerbe und Handel (einschließlich der Banken) andererseits aufgebracht und dadurch gewonnen wurde, daß die genannten Stände, soweit Grundstücke in Frage kamen, zugunsten der Rentenbank mit „Grundsulden“ (richtiger mit Reallasten), soweit Grundstücke nicht in Frage kamen, mit auf Goldmark lautenden Schuldverschreibungen belastet wurden. Diese Grundsulden und Obligationen bildeten die Unterlage für die von der Rentenbank auszustellenden Rentenbriefe, die nicht für die Zirkulation im Verkehr bestimmt waren, sondern ihrerseits als Deckung dienen sollten für die von der Rentenbank auszugebenden Rentenbank- oder Rentenmarkscheine. Erst diese Rentenmarkscheine, die in Stücken von verschiedener Höhe (1, 2, 5, 10, 50, 100 Rentenmark) hergestellt und durch vom Reich ausgeprägte Rentenpfennige gemäß der Verordnung des Reichspräsidenten vom 8. 11. 1923 ergänzt wurden, waren als allgemeines Tauschmittel gedacht. Ihrer juristischen Natur nach bedeuteten sie Inhaberschuldverschreibungen, die aber nicht auf Zahlung einer Geldsumme, sondern auf Leistung von Rentenbriefen der deutschen Rentenbank gerichtet waren. Das Verhältnis der Rentenmark zur alten Mark (Papiermark) war nicht gesetzlich festgelegt; in Wirklichkeit hatte sie den Wert von einer Billion Papiermark. Die Rentenmarkscheine waren Geld im weiteren Sinne, da sie im Verkehr tatsächlich als Geld gegeben und genommen wurden; ein Zwang zu ihrer Annahme bestand für das Publikum nicht; nur von den öffentlichen Kassen mußten sie nach näherer Bestimmung des Reichsfinanzministers als Zahlungsmittel honoriert werden. Ein endgültiger Ersatz für die alte Mark war die Rentenmark also nicht und konnte sie ihrer Natur nach nicht sein. Sie war von vornherein nur als eine transitorische Abwehrmaßnahme geplant, als ein Damm gegen die Flut der Inflation, der so lange standhalten sollte, bis die Zeit für die endgültige Neuregelung der Währung gekommen sei. In dieser Funktion aber hat die Rentenmark Wunder gewirkt; ihre Schaffung kann als ein Akt genialer Selbsterrettung eines vor dem finanziellen Zusammenbruch stehenden Volkes bezeichnet werden, als einer der wenigen Lichtblicke aus jener trüben Epoche deutscher Geschichte.

Ihren Abschluß fanden die auf Restauration unserer Währung gerichteten Bestrebungen durch die Gesetzgebung, die in Deutschland zur Durchführung des Dawes-Planes und des auf ihm fußenden Londoner Abkommens notwendig wurden. Von den zahlreichen zu diesem Zwecke erlassenen Gesetzen sind währungsrechtlich vor allem bedeutsam das Münzgesetz, das Bankgesetz, das Privatnotenbankgesetz und das Gesetz über die Liquidierung des Umlaufs an Rentenbankscheinen, sämtlich

¹⁾ Für die niedrigeren Münzen war schon eine Verordnung vom 1. 8. 1919 um Ersatz bemüht gewesen.

vom 30. 8. 1924, mit Geltungskraft in der Hauptsache vom 11. 10. 1924¹⁾). Die währungstechnische Einheit des neuen Münzgesetzes ist die „Reichsmark“ zu hundert „Reichspfennigen“. Ihr Verhältnis zur früheren Währung ist dahin festgelegt, daß (soweit nicht die noch zu erwähnenden Sonderregeln von der Aufwertung eingreifen) auf die Reichsmark eine Billion der alten (Papier-) Mark kommt. Das Kurantgeld der neuen Währung wird dargestellt durch die (vorläufig noch nicht in den Verkehr gelangenden) Reichsmark-Goldmünzen und die auf Reichsmark lautenden Reichsbanknoten. Letztere begründen, solange Goldmünzen nicht umlaufen, naturgemäß nicht mehr, wie früher, für die ausgebende Bank die Verpflichtung zur Einlösung in Gold, sondern sie haben bis auf weiteres den einstigen Charakter einer Schuldverschreibung auf den Inhaber mit dem bloßen Wertzeichens vertauscht, das aber zufolge der für die Reichsbank erlassenen Deckungsvorschriften den Wert, den es besagt, auch wirklich besitzt. Als Scheidemünzen der neuen Währung fungieren einstweilen die bereits durch ein Gesetz von 20. 3. 1924 geschaffenen „neuen Reichsilbermünzen“, sowie die Rentenpfennigmünzen und die alten kupfernen Pfennigmünzen. Silbermünzen brauchen von Privatpersonen nur bis zur Höhe von 20 Reichsmark, andere Scheidemünzen nur bis zur Höhe von 5 Reichsmark in Zahlung genommen zu werden.

3. Durch die eingangs erwähnte Weite des Gattungsbegriffes, der den Geldschulden eigen ist, fallen die letzteren so sehr aus dem Rahmen der gewöhnlichen Gattungsschuld heraus, daß man sie als unechte Gattungsschulden bezeichnen muß. Sie sind den von der Gattungsschuld handelnden Rechtssätzen nicht schlechthin entzogen: die Frage der Konzentration beantwortet sich auch bei ihnen nach den Rechtsgrundsätzen, die wir früher aus den §§ 243 Abs. 2, 300 Abs. 2 gewonnen haben. Hingegen kann ein selbstverständlicher Rechtssatz von der gewöhnlichen Gattungsschuld auf die Geldschulden nicht angewendet werden: daß nämlich der Schuldner von seiner Leistungspflicht frei ist, wenn die Gattung, aus der er liefern sollte, ohne sein Verschulden zu existieren aufgehört hat. Der Geldschuldner wird nicht dadurch liberiert, daß die Währung, in der die Schuldsumme bei Begründung des Forderungsrechtes ausgedrückt worden ist, im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht mehr besteht. Vielmehr hat solchenfalls der Schuldner eine entsprechende Summe in der neuen Währung zu leisten. Das hängt mit der Funktion des Geldes als allgemeinen Tauschmittels zusammen, derzufolge für die Parteien das Wesentliche der durch die Geldstücke repräsentierte Wert und nicht ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Geldgattung ist. Die Aufgabe des Geldes, als Wertmesser zu dienen, bringt es mit sich, daß der Charakter der Geldschuld als einer Gattungsschuld durch ihren Charakter als einer Wertsummenschuld stark zurückgedrängt wird. Die Parteien haben es aber in der Hand, das in der Geldschuld enthaltene generische Moment gegenüber der bloßen Wertträgerschaft des Geldes stärker zu betonen. Denn sie können, soweit in diesem Punkte das positive Recht ihre Vertragsfreiheit nicht beschränkt, Zahlung in bestimmter Sorte vereinbaren. Dann scheidet jede andere Sorte aus dem Kreise der tauglichen Zahlungsmittel aus. So ging der Sinn der früher beliebten Goldklausel dahin, daß der Gläubiger nur Goldstücke, also beispielsweise keine Reichsbanknoten oder zur Zeit der hinkenden Goldwährung kein Silber anzunehmen brauchte. Goldklauseln werden seit dem Kriege aus naheliegenden Gründen nicht mehr vereinbart. Soweit sie früher (d. h. vor dem 31. 7. 1914) vereinbart waren, sind sie durch eine Bundesratsverordnung vom 28. 9. 1914 für unverbindlich erklärt worden. Im übrigen können die von einer bestimmten Geldsorte handelnden Parteiabreden einen sehr verschiedenfachen Sinn haben und sind darum mit einer gewissen Vorsicht zu interpretieren. Folgende Inhaltsmöglichkeiten kommen hier in Betracht:

¹⁾ Vgl. dazu die zweite Verordnung über das Inkrafttreten der Gesetze zur Durchführung des Sachverständigengutachtens vom 10. 10. 1924 (RGBl. II, 383).

a) Die Nennung einer bestimmten Geldsorte im Vertrag kann lediglich ein mehr oder minder zufällig gewähltes Ausdrucksmittel für den geschuldeten Geldwert sein. So, wenn etwa ein Kaufmann in Berlin von einem Schweizer Reisenden in schweizerischen Franken ausgezeichnete Waren kauft. Hier kann der Schuldner, weil der Preis in dieser Sorte berechnet ist, natürlich auch in ihr, also in schweizerischen Franken zahlen¹⁾. Weil aber der Preis in dieser Sorte nur berechnet ist, kann der Schuldner, falls, wie im gebrauchten Beispiel, die Schuld eine inländische ist, statt jener Sorte auch in inländischer (nach dem Kurse der Zahlungszeit und des Zahlungsortes umzurechnenden) Währung zahlen. Dieser sich schon aus dem Sinne der Abrede ergebende Rechtssatz ist vom BGB. in § 244 besonders ausgesprochen worden. Wir haben es hier überhaupt nicht mit einer Geldsortenschuld, sondern mit einer einfachen Geldschuld zu tun.

b) Die Parteien können eine bestimmte Geldsorte als das ihnen genehmste Zahlungsmittel vereinbaren. Solchenfalls kann der Gläubiger, solange die ausgemachte Sorte existiert, Zahlung in dieser Sorte verlangen. Insofern hat die Geldschuld hier Merkmale der Gattungsschuld angenommen. Daß sie aber damit den Wertcharakter der Geldschuld nicht abgestreift hat, zeigt sich, sobald die betreffende Sorte zu existieren aufgehört hat (es hatte etwa jemand im Jahre 1902 für eine im Jahre 1909 fällige Schuld Zahlung in Talern vereinbart). Alsdann ist der Schuldner nicht wegen Unmöglichkeit der Leistung von jeder Zahlungspflicht frei, sondern muß die geschuldete Summe in dem ohne die Vereinbarung maßgebenden Währungsgeld begleichen (§ 245). Man spricht hier, weil die Schuld trotz ihres Charakters als Geldsortenschuld den Charakter der Wertsummenschuld nicht abgestreift hat, von einer Geldsortenschuld im weiteren Sinne oder von einer „qualifizierten Geldschuld“.

c) Denkbar ist aber auch, daß die Parteien, die über eine bestimmte Geldsorte kontrahieren, lediglich Leistung dieser Geldsorte im Auge haben. Es bestellt sich jemand Jubiläumskronen oder -taler, die aus Anlaß einer besonderen Feier geprägt worden sind und die er teils als Andenken behalten, teils weiter veräußern will. Hier wird der Schuldner, wenn die gedachte Sorte im Verkehr nicht mehr zu haben ist, wegen Erschöpfung der Gattung, aus der er liefern soll, von seiner Verbindlichkeit frei: das Schuldverhältnis hat den Charakter der Geldschuld völlig abgestreift und ist zur gewöhnlichen Genussschuld, das Geld zu einer den Gegenstand eines Kaufgeschäfts bildenden Ware geworden. Es liegt hier eine Geldsortenschuld im engeren Sinne oder, wie man sich ausdrückt, eine „eigentliche“ oder „exklusive“ Geldsortenschuld vor.

d) Daß die Parteien ein auf Geld gerichtetes Schuldverhältnis sogar als Speziesschuld begründen können, indem sie nicht nur bestimmte Geldsorten, sondern individuell bestimmte Geldstücke zum Obligationsinhalt machen, ist schon früher erwähnt worden (jemand vermacht im Testament seinem Patenkind einen aus der eigenen Kindheit aufgehobenen Patentaler).

4. Das Wesen des Geldes, so sahen wir, bringt es mit sich, daß in der Geldschuld die Gattungsschuld hinter der Wertsummenschuld zurücktritt. Wenn aber der Gläubiger eine Wertsumme zu verlangen hat, so fragt es sich, von welchem Geldwert bei deren Berechnung auszugehen ist, insbesondere ob hierfür der Nennwert oder der Kurswert des Geldes maßgebend ist. Die in der Betonung des ersteren Wertes sich auswirkende Tendenz läßt sich als Nominalismus, die auf den letzteren Wert abstellende Tendenz als Valorismus bezeichnen. Die Verschiedenheit der Betrachtungsweise bedeutet in normalen Zeitläufen für die Rechtsordnung kein

¹⁾ D. h. der Gläubiger muß sich nach Privatrecht diese Art von Zahlung gefallen lassen. Die andere Frage, ob vielleicht das öffentliche Recht aus finanz- und wirtschaftspolitischen Gründen dem Schuldner die Tilgung der Schuld in ausländischen Zahlungsmitteln (Devisen) verbietet bzw. unmöglich macht, steht hier nicht zur Erörterung.

gesetzgeberisches Problem, weil hier jene beiden Werte, auch wenn sie sich nicht völlig decken, doch nur in geringem Maße auseinanderfallen. Anders, wenn in Krisenzeiten sich eine erhebliche Differenz von Nennwert und Kurswert des Geldes einstellt, wenn namentlich der Kurs des Geldes von Tag zu Tag sinkt. Hier bekäme der Gläubiger die Wertsumme, auf die das Schuldverhältnis bei seiner Entstehung lautete, nur dann, wenn bei Fälligkeit die Nominalsumme eine dem gesunkenen Geldkurs entsprechende Erhöhung erfahren würde. Insofern müßte der Wertsummencharakter der Geldschuld logischerweise zum Valorismus führen. Dem steht aber der Tauschmittelcharakter des Geldes im Wege, der es verbietet, den Inhalt einer auf Währungsgeld lautenden Geldschuld in jedem einzelnen Falle nach dem Kurswert des Geldes zu bemessen: läßt man nicht mehr den Nennwert entscheiden, dann ist das Geld als Tauschmittel nur um weniges brauchbarer als jede andere vertretbare Sache, deren Marktwert von Fall zu Fall festgestellt werden müßte. Insofern tendiert die Geldschuld zum Nominalismus, auch wenn er die Konstanz des Geldwertes nur im Wege der Fiktion aufrechterhält. Dieser Widerstreit von Valorismus und Nominalismus, der im Wesen der Geldschuld auf das tiefste begründet liegt und sich zwangsläufig einstellen muß, sobald das Geld die natürlichste Voraussetzung seiner wertmessenden Funktion, nämlich die Konstanz des eigenen Wertes einbüßt, hat in den Kriegs- und Nachkriegszeiten das deutsche Rechtsleben den stärksten Schwankungen unterworfen und hat den Richter wie den Gesetzgeber vor Aufgaben gestellt, für die sich eine restlos befriedigende Lösung kaum finden läßt.

Die Aktualität jenes Widerstreites trat zuerst bei den gegenseitigen Verträgen hervor, die damals in Deutschland abgeschlossen wurden. Namentlich waren es die Werkverträge, wo sich der eine Teil, der Unternehmer, darauf berief, daß er den bei Vertragsschluß vereinbarten Herstellungspreis nicht innehalten könne, weil das Geld seitdem an Wert verloren habe und die Löhne und Materialpreise entsprechend gestiegen seien. Mit Recht hat hier das Reichsgericht anfänglich, als die Schwankungen des Markkurses sich sozusagen noch in kriegsnormalem Grenzen hielten, den Grundsatz verfochten, daß in Ansehung von Geldschulden Mark gleich Mark sei, und daß das Risiko der Markverschlechterung darum derjenige zu tragen habe, der Gläubiger der Geldschuld geworden sei. Erst als im weiteren Verlauf der Entwicklung die Schwankungen des Markkurses Dimensionen annahmen, die allen geschichtlichen Erfahrungen widersprachen und die Identität von wahren Wert und Nennwert des Geldes nicht nur zu einer Fiktion, sondern zu einer Farce werden ließen, ging das Reichsgericht von jener These ab und gestattete den Lieferanten, die Vertragserfüllung zu verweigern, wenn sich der Gegner nicht mit einer Erhöhung der vereinbarten Gegenleistung einverstanden erklärte. Es bedeutete nur einen Schritt weiter auf dieser Gedankenbahn, wenn auch außerhalb des Gebiets der gegenseitigen Verträge, wie vor allem beim Darlehn, die Gläubiger verlangten, nicht in der Nominalhöhe ihrer Forderungen, sondern in einer entsprechend größeren, einer „aufgewerteten“ Summe befriedigt zu werden. Dieser Ruf nach „Aufwertung“ der Forderungen verstummte nicht, sondern wurde erst recht laut, als mit Einführung der neuen Währung an die Stelle von einer Billion Papiermark die Reichsmark trat. Er war hier identisch mit dem Verlangen einer Änderung des Wertverhältnisses, in das sich die Reichsmarkwährung zur alten Papiermarkwährung gesetzt hatte: es sollte die neue Reichsmark schon für weniger als eine Billion Papierwert einwechselbar sein. Das Reichsgericht hat auch gegenüber der Zuspitzung der durch die Inflation geschaffenen Verhältnisse die mit der Preisgabe des Nominalismus verbundenen Gefahren nicht verkannt; aber es hat in der berühmt gewordenen Entscheidung des 5. Zivilsenats vom 28. 11. 23¹⁾ die völlige Ignorierung der valoristischen Seite der Geldschuld da als nicht mehr zugänglich erklärt, wo solche

¹⁾ Bd. 107 S. 78f. der Entscheidungen des Reichsgerichts.

Ignorierung das in § 242 aufgestellte Postulat der bona fides verletzen würde. Die Umstände des einzelnen Falles sollten hiernach über das Ob und über die Höhe der Aufwertung entscheiden. Man hat darum diese Form der Aufwertung als Individualaufwertung bezeichnet. Dieser Individualaufwertung aber, die alles auf das richterliche Ermessen abstellt, konnte das schwierige Problem nicht schlechthin ausgeliefert werden. Denn sie setzte nicht nur im einzelnen Falle die Parteien der Ungewißheit eines Zufallsergebnisses aus, sondern barg die Gefahr in sich, daß sie durch Überspannung des Aufwertungsgedankens die Volkswirtschaft und den Staat mit ruinösen Opfern belastete. Die auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 8. 12. 1923 ergangene sogenannte dritte Steuernotverordnung suchte darum für die wichtigsten der hier in Betracht kommenden Forderungen die Freiheit des richterlichen arbitrium durch Fixierung fester und in erträglichen Grenzen gehaltener Aufwertungsbeträge auszuschalten. Indessen erwies sich diese, in ihrer Rechtsgültigkeit nicht unangefochtene Verordnung in vielfacher Hinsicht als ein Fehlschlag, so daß sich der Gesetzgeber unter dem Drucke der öffentlichen Meinung zu einer erneuten Regelung der Aufwertungsfrage genötigt sah, die in dem, unter den schwersten parlamentarischen und wirtschaftspolitischen Kämpfen zustande gekommenen Aufwertungsgesetz vom 16. 7. 1925 (nebst Novelle vom 9. 7. 1927) und zahlreichen dazu ergangenen Verordnungen erfolgt ist¹⁾. Wie schon die Steuernotverordnung, so befassen sich auch diese Gesetze in der Hauptsache nur mit der Aufwertung von Geldansprüchen, die den Charakter von Vermögensanlagen haben. Für sie ist teilweise ein ziffernmäßig bestimmter Aufwertungsbetrag (so für Hypotheken 25%, für Industrieobligationen 15%), teilweise (so für die Ansprüche aus Pfandbriefen, Sparkassenguthaben und Versicherungsverträgen) ein komplizierterer Berechnungsmaßstab vorgesehen. Was die Aufwertung von Geldansprüchen angeht, die keine Vermögensanlagen sind, so bleibt für sie nach wie vor § 242 BGB. maßgebend. Öffentliche Anleihen des Reiches, der Länder und der Gemeinden haben die Regelung ihrer Aufwertung durch ein besonderes Reichsgesetz über die Ablösung öffentlicher Anleihen vom 16. 7. 1925 erfahren. Auf die Einzelheiten der Aufwertungsgesetzgebung, deren praktische Bedeutung naturgemäß von Jahr zu Jahr abnimmt, kann hier nicht eingegangen werden. Die ihrem Erlaß zugrunde liegende Hoffnung, es möchte der unseren Wirtschaftskörper schwer erschütternde Streit um die Aufwertung nunmehr sein Ende gefunden haben, scheint in Erfüllung gegangen zu sein.

§ 7. Die Zinsschuld.

Literatur: ELSTER, Artikel „Zins“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929).

1. Bis zur Erfüllung der Obligation entbehrt der Gläubiger die ihm geschuldete Leistung und kann der Schuldner die eventuellen Nutzungen des Leistungsgegenstandes ziehen. Bei Geldschulden insbesondere kann der Schuldner, während der Gläubiger bis zu ihrer Bezahlung der Schuldsumme entraten muß, mit ihr fruchtbringend arbeiten. Es gibt Schuldverhältnisse, mit deren wirtschaftlichem Zwecke dieses Ergebnis durchaus im Einklang steht. Bei einer großen Reihe von Schuldverhältnissen widerspricht es aber der Interessenlage der Parteien, daß die Schuldsumme einseitig vom Schuldner fruktifiziert wird. Alsdann läßt die Rechtsordnung den Schuldner dem Gläubiger für die von ihm entbehrte Kapitalbenutzung eine Vergütung leisten, indem sie ihm die Verpflichtung auferlegt, Zinsen zu zahlen.

a) Zinsen sind also Vergütungen, die vom Schuldner einer Kapitalssumme für die vom Gläubiger entbehrte Benutzung des Kapitals zu entrichten sind. Dabei be-

¹⁾ Ihren Schlußstein hat diese Gesetzgebung durch die Gesetze über die Fälligkeit und Verzinsung der Aufwertungshypotheken und über die Bereinigung der Grundbücher vom 18. 7. 1930 gefunden, die freilich durch die 4. Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 1931, Erster Teil, Kapitel III § 3 bereits eine Abänderung erfahren haben.

zeichnet die Verkehrssprache, mit der sich in diesem Punkte die Gesetzessprache deckt, als Zinsen nur solche Vergütungen, die in Geld zu zahlen sind und deren Höhe in einem prozentualen Abhängigkeitsverhältnis zur Größe des Kapitals und zur Dauer von dessen Vorenthaltung steht. Sonach setzt jede Zinsschuld eine Kapitalsschuld voraus (Akzessorietät der Zinsschuld)¹⁾. Darum sind Renten kein Zins. Denn sie werden nicht neben, sondern höchstens an Stelle eines empfangenen Kapitals geschuldet. Dadurch, daß Zinsen Vergütungen für geschuldetes Kapital, nicht Teile des Kapitals sind, unterscheiden sie sich von den Amortisationsquoten, die sich als Abschlagszahlungen auf geschuldetes Kapital darstellen, dessen allmähliche Tilgung sie bezwecken. Amortisationszahlungen verringern also die Kapitalsschuld, während diese von Zinszahlungen nicht berührt wird. Weil der Betrag der Zinsen sich nach der Größe und Dauer der Kapitalsschuld richtet, gehören nicht zu den Zinsen die sogenannten Dividenden, deren Höhe durch den mit dem Kapital erzielten Gewinn bestimmt wird, und gehören ferner nicht zu den Zinsen einmalige Abzüge bei der Kapitalshingabe oder einmalige Zuschläge bei der Kapitalrückgabe, da hier die Vergütung, die der Gläubiger bekommt, unabhängig ist von der zeitlichen Länge der Kapitalsentbehmung.

b) Aus dem akzessorischen Charakter folgt eine starke Abhängigkeit der Zinsschuld von der Kapitalsschuld. Die erstere kann ohne die letztere nicht entstehen und sich nach deren Erlöschen nicht fortsetzen²⁾; die Verjährung der Kapitalsschuld begreift die Verjährung der bis dahin noch nicht bezahlten Zinsschuld in sich (§ 224); die Zinsschuld nimmt an etwaigen Vorrechten der Kapitalsschuld, wie beispielsweise an ihren Konkursprivilegien teil (§ 62 KO.). Auf der andern Seite wohnt freilich der Zinsschuld gegenüber der Kapitalsschuld auch eine gewisse Selbständigkeit inne. So sind beide einer isolierten Tilgung fähig: die bloße Bezahlung des Kapitals läßt die aufgelaufene Zinsschuld unberührt; beide sind eines isolierten Prozesses fähig, so daß die Zinsen ohne das Kapital und das Kapital ohne die Zinsen eingeklagt werden können; und die Zinsforderung unterliegt einer kurzen, die Kapitalforderung nicht tangierenden Verjährung.

2. Die Verpflichtung zur Zinszahlung versteht sich nicht von selbst: sie muß entweder vom Gesetz vorgeschrieben oder von den Parteien (und sei es auch nur stillschweigend) vereinbart sein.

Die Fälle der gesetzlichen Zinsschuld sind an den Stellen des Systems namhaft zu machen, wo sie auftauchen. Die Höhe der gesetzlichen Zinsen beträgt 4% (§ 246)³⁾. Bei dieser Bestimmung ist es geblieben trotz aller Stürme, die seit ihrem Erlaß über das deutsche Wirtschaftsleben dahingebraust sind. Sie steht aber schon seit langem mit den auf dem Geldmarkt herrschenden tatsächlichen Verhältnissen in so schroffem Widerspruch, daß die Praxis der Gerichte über sie einfach hinweggeschritten ist. Kraft eines Gewohnheitsrechtes, das sich hier gebildet hat, sind dem Gläubiger, der auf Entrichtung gesetzlicher Zinsen klagt, in den letzten Jahren erheblich mehr als 4% zugesprochen worden (meistens 2% über dem jeweiligen Diskontsatz der Reichsbank).

Haben die Parteien vereinbart, daß Zinsen gezahlt werden sollen, aber nichts über die Höhe des Zinsfußes gesagt, so greift ebenfalls die papierne Vorschrift des § 246 ein. Normalerweise aber treffen natürlich die Parteien eine Abrede über den Zinssatz und gehen dann über die dispositive Regelung des Gesetzes erheblich hinaus. In dieser Möglichkeit, den Zinsfuß frei zu vereinbaren, liegt für die kapitalbedürftige

¹⁾ In einem anderen Sinne wird der Ausdruck „Zins“ verwendet, wenn von Miet- und Pachtzinsen die Rede ist.

²⁾ Die Ausnahme des § 803 erklärt sich aus der besonderen Natur der Inhaberpapiere.

³⁾ Über die Besonderheiten des Handelsrechtes und des Wechsel- und Scheckrechtes vgl. § 352 HGB., Art. 50, 51 WO., § 17 Scheckgesetz und das Reichsgesetz über die Wechsel- und Scheckzinsen vom 3. 7. 1925 (RGBl. I S. 93).

und darum kapitalsuchende Bevölkerung eine Gefahr der Ausbeutung seitens der kapitalkräftigen Klassen. Die Gesetzgebung aller Zeiten hat sich mit dem Problem beschäftigt, wie solcher Gefahr zu steuern sei. Als wirtschaftliche Abderitenstreiche haben sich die in der Rechtsgeschichte wiederholt gemachten Versuche erwiesen, die Vereinbarung von Zinsen überhaupt zu untersagen. Aber auch der näher liegende und sowohl vom römischen wie vom gemeinen Rechte verwirklichte Gedanke, Zinsen über eine bestimmte Höhe (etwa 8 oder 6 oder 5%) als wucherisch zu verbieten, ist, weil schablonisierend, mit den Anforderungen des Wirtschaftslebens nicht verträglich und darum auf die Dauer nicht durchführbar. Deshalb hatte schon das alte HGB. in Art. 292 den Maximalzinsfuß für den Handelsverkehr beseitigt und das Bundes-, spätere Reichsgesetz vom 14. 11. 1867 gab die Höhe der Zinsberedung auch für den allgemeinen bürgerlichen Verkehr frei. Diesen Standpunkt nimmt auch das BGB. ein. Doch hat es zum Schutze gegen Mißbrauch dieser Freiheit in Anlehnung an das eben erwähnte, von ihm (Art. 39 EG.) aufgehobene Reichsgesetz folgende Kautelen eingeführt:

a) Bei Ausbedingung eines höheren Zinsfußes als 6% soll der Schuldner nach Ablauf von 6 Monaten seit Eingehung der Verpflichtung ein halbjähriges, durch Vertrag nicht ausschließbares Kündigungsrecht haben, so daß er die hohen Zinsen nicht länger als ein Jahr zu zahlen braucht. Diese in § 247 vorgesehene, auf unseren früheren Geldmarkt zugeschnittene Bestimmung stand lange Zeit mit den heutigen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr im Einklang. Das Reichsgesetz vom 3. 3. 1923 hatte darum ihre einstweilige Außerkraftsetzung verfügt. Neuerdings ist sie durch die Vierte Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 1931 wieder in Kraft gesetzt worden¹⁾.

b) Wichtig ist eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen (§ 248 Abs. 1). Dieses schon im gemeinen Rechte sich findende Verbot des Anatozismus hindert nicht, daß die Parteien nach Fälligkeit einer Zinsschuld vereinbaren, sie solle als verzinsliche Schuld stehenbleiben. Nur die vorherige Verabredung von Zinseszinsen ist untersagt. Und auch davon macht der Absatz 2 des § 248 für eine Reihe von Kreditverhältnissen Ausnahmen, zu denen sich als weitere die laufende Rechnung des § 355 HGB. gesellt²⁾.

c) Wichtige, der freien Zinsvereinbarung gezogene Schranken ergeben sich aus dem Verbot des Wuchers. Unter Wucher verstand man lange Zeit nichts anderes als die vorhin erwähnte Überschreitung des gesetzlichen Zinsmaximums. Dieser Wucherbegriff hatte mit dem oben angeführten Bundes- bzw. Reichsgesetz vom 14. 11. 1867 seine Erledigung gefunden. Eine neue Art von Wuchertatbestand schuf das Reichsstrafgesetzbuch v. J. 1871 insofern, als es die Geldgeschäfte Minderjähriger gegen gewinnsüchtige Ausbeutung von Leichtsinns- oder Unerfahrenheit zu schützen versuchte. Der Kreis der geschützten Personen war hiernach sehr beschränkt; auf der anderen Seite brauchte es sich nach den §§ 301, 302 StrGB. nicht notwendigerweise um Übervorteilungen durch Zinsennehmen zu handeln. Die Unzulänglichkeit der Regelung veranlaßte das Reich zum Erlaß des besonderen Wuchergesetzes vom 24. 5. 1880, das durch ein Gesetz vom 19. 6. 1893 ergänzt wurde. Diese Gesetze stellten die Verbindung von Wucherbegriff und Zinsschuld wieder her; setzten aber neben diese eine Möglichkeit des Wuchers (sog. Kreditwucher) als zweite denkbare Form den vom Geldgeschäft losgelösten Sachwucher; sie ließen für die passive Bewucherungsfähigkeit das Erfordernis der Minderjährigkeit fallen und erblickten das wucherische Moment nicht in dem Überschreiten einer ziffernmäßig fixierten Vorteilsgrenze, sondern in der im konkreten Falle zutage

¹⁾ Mit Wirkung vom 1. 1. 1932 ab. Vgl. Erster Teil, Kapitel III § 8 der Notverordnung (RGBl. I S. 703).

²⁾ Nicht aufgenommen ist in das BGB. das gemeinrechtliche Verbot des *alterum tantum*, demzufolge die Summe der rückständigen Zinsen den Betrag des Kapitals nicht übersteigen durfte.

tretenden mißbräuchlichen Ausnutzung gewisser wirtschaftlicher oder persönlicher Unterlegenheiten des anderen Teiles. Jene Wuchergesetzgebung kleidete sich in die Form einer Novelle zum Strafgesetzbuch; aber sie knüpfte an den strafrechtlichen Tatbestand des Wuchers auch zivilrechtliche Folgen. Diese zivilrechtlichen Bestimmungen sind freilich durch Art. 47 des EG. zum BGB. aufgehoben worden. Indessen nicht aus dem Grunde, weil das BGB. den von der Novelle geschaffenen relativen, individualisierenden Wucherbegriff gemißbilligt hätte, sondern weil die zivilrechtliche Materie nicht dauernd einem strafrechtlichen Sondergesetz überlassen bleiben sollte. Das BGB. hat den Kredit- und den Sachwucher zu einem einheitlichen Wucherbegriff verschmolzen, indem nach ihm wucherisch jedes Rechtsgeschäft ist, „durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen“. Damit ist das wucherische Geschäft zu einer Unterart des unsittlichen Rechtsgeschäftes geworden (§ 138 Abs. 2) und gehört seinem systematischen Zusammenhang nach in den allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechtes.

d) Starke Eingriffe in bestehende Zinsverpflichtungen hat im Dienste der „zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen“ notwendigen Senkung des Zinsfußes die bereits zitierte Vierte Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 1931 vorgenommen. Die Reduktion betrifft nur Zinssätze, die mehr als 6 vom Hundert betragen, und ist in ihrem Ausmaß je nach der Höhe des Zinssatzes verschieden abgestuft. Wegen der Einzelheiten der Regelung muß auf die einschlägigen Bestimmungen selbst verwiesen werden¹⁾.

§ 8. Schadensersatzpflichten.

Literatur: H. A. FISCHER, Der Schaden nach dem BGB. (Jena 1903); TRAEGER, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht (Marburg 1904); OERTMANN, Artikel „Schadensersatz“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 5, 1928); DERSELBE, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch (Berlin 1901); WILBURG, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung in Iherings Jahrbüchern Bd. 82 (1932) S. 51ff. (rechtsvergleichend); HALLER, Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime sur son droit à réparation (Paris 1926); HAUKE, Das Recht des Ersatzpflichtigen auf Abtretung der dem Ersatzberechtigten gegen Dritte zustehenden Ansprüche nach § 255 BGB. (Leipzig 1929).

1. Ein besonders häufiger Fall schuldnerischer Leistungspflicht ist die Schadensersatzpflicht.

a) Schaden ist jede Beeinträchtigung, die wir in unserer Güterwelt erleiden. Soweit sich solche Beeinträchtigung auf geldwerte Güter bezieht, soweit sie also Vermögensschaden ist, unterscheidet man den Schaden, durch den der Geschädigte ärmer wird, als er vorher gewesen ist (Vermögensminderung; *damnum emergens*) und den andern, demzufolge er nicht reicher wird, obwohl er reicher zu werden erwarten konnte (entgangener Gewinn; *lucrum cessans*). Da sich jeder Schaden zurückführen lassen muß auf ein Ereignis, das wir als seine Ursache insofern bezeichnen können, als er ohne das Ereignis nicht eingetreten wäre, so stellt sich der Vermögensschaden dar als eine Differenz zwischen dem Vermögenszustand, wie er ohne das schädigende Ereignis jetzt sein würde (*Minuendus*) und dem Vermögensumfang, wie er sich infolge des schädigenden Ereignisses gestaltet hat (*Subtrahendus*): der Unterschied zwischen diesen beiden Größen ist das Interesse, das der Geschädigte an dem Nichteintritt des Ereignisses hatte. Daher die vielfache

¹⁾ Vgl. §§ 1ff. von Teil 1, Kapitel IV der Notverordnung (RGBl. I S. 702ff.). Dazu die „Erste Durchführungs- und Ergänzungsverordnung über Zinssenkung auf dem Kapitalmarkt“ vom 23. 12. 1931 (RGBl. I S. 793ff.) und neuerdings die „Zweite Durchführungs- und Ergänzungsverordnung“ vom 26. 3. 1932 (RGBl. I S. 171ff.). Beachte auch die Zinsreduktionen, die im Dienste der „Osthilfe“ vorgesehen sind durch die §§ 25ff. der Verordnung vom 5. 12. 1931 zur Durchführung der Verordnung des Reichspräsidenten vom 17. 11. 1931 (RGBl. I S. 694f.).

Identifizierung von „Schaden“ und „Interesse“, von Schadensersatz und Interesseersatz.

b) Auch beim *damnum emergens* braucht der Schaden nicht in der Beschädigung eines körperlichen oder in der Wertminderung eines unkörperlichen Gegenstands, also in der Verletzung eines sogenannten Rechtsobjektes zu bestehen. Sehr häufig aber hat der Schaden diesen Charakter. In solchem Falle ist die Größe des Schadens nicht notwendigerweise identisch mit dem Werte des beschädigten Gegenstands, falls man unter dessen Werte seinen Marktwert begreift. Denn die Beziehungen des Geschädigten zum Gegenstand können derartige gewesen sein, daß dieser für ihn einen höheren Wert als für andere hatte. Darum ist Wertersatz nicht gleichbedeutend mit Schadensersatz. Wer Anspruch auf ersteren hat, bekommt nur den Wert ersetzt, den die verletzte Sache für die Allgemeinheit hatte; wer zu letzterem berechtigt ist, kann den Wert vergütet verlangen, den sie für ihn hatte.

c) Nicht selten führt der Schaden des einen zur Bereicherung eines anderen. Aber auch hier sind die beiden Vermögensverschiebungen keineswegs immer gleiche Größen. Darum deckt sich wiederum der Inhalt des Ersatzanspruchs nicht mit dem Inhalt des Bereicherungsanspruches, durch den der Geschädigte nicht die Einbuße ausgeglichen erhält, die er erlitten hat, sondern die Herausgabe dessen erzielt, worum der andere gegenwärtig bereichert ist¹⁾.

2. Der Logik der Tatsachen entsprechend läßt die Rechtsordnung die Folgen eines schädigenden Ereignisses grundsätzlich denjenigen tragen, in dessen Person der Schaden entstanden ist. Doch gibt es zahlreiche Fälle, wo die Rechtsordnung aus bestimmten Gründen von diesem Prinzip abweicht und mit der Tragung des Schadens einen anderen als den unmittelbar Betroffenen belastet. Wo sie das tut, geschieht es in der Form, daß sie den anderen verpflichtet, dem zunächst Geschädigten den erlittenen Schaden zu ersetzen²⁾. Die Frage, in welchem Maße sie solche Schadensersatzpflichten anerkennen und dadurch den Schaden unter den Rechtsgenossen anders, als es der Lauf der Geschehnisse getan hat, verteilen soll, stellt die Rechtsordnung vor eines ihrer schwierigsten Probleme. Im allgemeinen lassen sich die Fälle der Schadenshaftung auf drei verschiedene Gruppen zurückführen:

a) Die Rechtsordnung verpflichtet den einen Teil zum Ersatz des einem anderen zugestoßenen Schadens deshalb, weil der Verpflichtete dem anderen den Ersatz des Schadens versprochen hat. Hier fließt also die Schadenshaftung aus einem von vornherein auf Schadloshaltung gerichteten Schuldvertrag und man kann darum hier recht eigentlich von einem kontraktlichen Schadensersatzanspruch reden. So liegen beispielsweise die Dinge bei der Schadensversicherung und beim Garantievertrag.

b) In einer zweiten Klasse von Fällen ist der Inhalt des Schuldverhältnisses in erster Linie auf etwas anderes als auf Schadensersatz gerichtet. Da aber der Schuldner

¹⁾ Vgl. hierzu unten § 51 unter 3c (S. 153).

²⁾ Insofern der Ersatzpflichtige mit den durch das schädigende Ereignis hervorgerufenen wirtschaftlichen Nachteilen belastet wird, läßt sich sagen, daß er die Gefahr dieses Ereignisses zu tragen habe. Trotzdem ist es zweckmäßig, den Ausdruck Gefahrtragung hier zu vermeiden, weil er in der technischen Sprache des Gesetzes und der Dogmatik bereits in einem anderen, nämlich in dem oben S. 15 Anm. 1 dargelegten Sinne verwendet wird. Mit diesem technischen Begriff der Gefahrtragung ist aber der Begriff der Schadenshaftung nicht nur nicht identisch, sondern er steht sogar zu ihm in einem gewissen Gegensatz oder geht doch wenigstens über ihn erheblich hinaus. Denn die Lehre von der Gefahrtragung bezieht sich nur auf schädigende Ereignisse, die ein Zufall herbeigeführt hat, während die Schadenshaftung zwar auch bei zufälligen Ereignissen möglich ist, vor allem aber gegenüber dem vom Ersatzpflichtigen verschuldeten Schaden einsetzt; und die Lehre von der Gefahrtragung hat es nur mit ganz bestimmten (a. a. O. des näheren dargelegten) wirtschaftlichen Nachteilen zu tun, während die Schadensersatzpflicht jede vom Ersatzberechtigten erlittene Vermögenseinbuße umfaßt, so daß die Schadenshaftung da, wo sie gegeben ist, das Problem der Gefahrtragung naturgemäß verdrängt.

dieses andere nicht oder nicht ordnungsmäßig leistet, wird er verpflichtet, dem Gläubiger den ihm aus der unterbliebenen oder mangelhaften Erfüllung der Schuldverbindlichkeit erwachsenden Schaden zu ersetzen. Auch hier wird in der Literatur gern von kontraktlicher Schadenshaftung gesprochen. Indessen braucht das Schuldverhältnis, dem der Schadensersatzanspruch entspringt, kein kontraktliches zu sein. Auch die Verletzung der durch Vermächtnis begründeten oder aus einer ungerechtfertigten Bereicherung sich ergebenden Obligation vermag eine Schadenshaftung zu erzeugen. Das Charakteristische unserer zweiten Gruppe von Haftungsfällen liegt vielmehr darin, daß hier der Schadensersatzanspruch an die Stelle eines vorausgegangenen Erfüllungsanspruches oder neben einen solchen tritt. Man wird darum ihr gegenüber am besten von Schadensersatz wegen Nichterfüllung sprechen, und zwar in dem weiten Sinne, in dem er auch den Schadensersatz wegen Schlechterfüllung oder verspäteter Erfüllung umfaßt.

c) Die dritte Art von Schadensersatzverbindlichkeiten zeichnet sich dadurch aus, daß sie, in Abweichung von der eben erwähnten, aber in Übereinstimmung mit der ersten Gruppe, ein von vornherein auf Schadensersatz gerichtetes Schuldverhältnis entstehen läßt; daß aber dieser primäre Obligationsinhalt nicht, wie bei der ersten Gruppe, die Folge eines Schadensersatzversprechens, sondern einer unmittelbaren gesetzlichen Anordnung ist. Mit Rücksicht auf den letzteren Umstand pflegt die Literatur diese Ersatzfälle öfters als gesetzliche Schadensersatzpflichten zu bezeichnen. Indessen wird dadurch kein Unterschied von unserer zweiten Gruppe zum Ausdruck gebracht, weil auch hier, wie wir sahen, die Haftung nicht notwendigerweise durch eine Willenserklärung des Haftenden motiviert ist. Aus dem gleichen Grunde entbehrt auch die häufig verwendete Terminologie „außerkontraktliche Haftung“ des wünschenswerten Gegensatzes. Faßt man wiederum, wie es vielfach (und namentlich auch vom BGB.) geschieht, die hier gemeinten Fälle unter dem Sammelnamen der „Schadensersatzverbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen“ zusammen, so macht man sich einer pars pro toto schuldig, indem zu den unsere Ersatzpflicht begründenden Tatbeständen, wenschon sie vielfach (wie die widerrechtliche Körperverletzung oder der Diebstahl) ein Delikt darstellen, auch eine Reihe von rechtmäßigen Handlungen (wie z. B. die Sachbeschädigung im Notstand) gehört. So wird man unsere dritte Gruppe von Schadensersatzfällen am besten als „Schadenshaftung außerhalb bestehender Schuldverhältnisse“ charakterisieren.

3. Für den Inhalt der Schadensersatzpflicht, einerlei zu welcher der drei genannten Gruppen sie gehört, stehen der Rechtsordnung zwei Wege offen: sie kann entweder den Ersatzpflichtigen anhalten, die Vermögensdifferenz, die der Schaden für den anderen Teil bedeutet, stets in Geld auszugleichen (Prinzip des ausschließlichen Geldersatzes); oder sie kann dem Ersatzpflichtigen auferlegen, den Zustand, der vor dem schädigenden Ereignis bestanden hat, soweit es möglich ist, in natura herzustellen und nur, soweit solche Herstellung nicht möglich (oder — was auf dasselbe hinausläuft — für den Gläubiger nicht genügend) ist, Geldersatz zu leisten (Prinzip der primären Naturalrestitution). Das BGB. entscheidet sich in § 249 für die zweite Alternative und versucht, die nicht geringen praktischen Unzuträglichkeiten, die mit dieser Lösung verbunden sind, dadurch abzuschwächen, daß es weitreichende Ausnahmen vom Naturalherstellungsprinzip zuläßt. So hat es einmal dem Geschädigten, der statt Herstellung des früheren Zustands Geldersatz verlangt, die ihm solchenfalls an und für sich obliegende Beweislast, daß der frühere Zustand nicht herstellbar sei, dadurch erspart, daß es ihm die Befugnis verliehen hat, dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, es werde die Herstellung nach Fristablauf abgelehnt; nach fruchtlosem Fristablauf darf dann der Geschädigte ohne weiteres Geldersatz — freilich auch nur noch Geldersatz — beanspruchen (§ 250). Und handelt es sich

um die Verletzung einer Person oder die Beschädigung einer Sache, so kann der Geschädigte von vornherein, also ohne erst eine Frist setzen oder den Beweis der Unmöglichkeit der Naturalherstellung führen zu müssen, statt letzterer Entschädigung in Geld fordern (§ 249 Satz 2)¹⁾. Und eine Ausnahme vom Naturalherstellungsprinzip zugunsten des Ersatzpflichtigen ist es, daß dieser die Herstellung des früheren Zustands, auch wo sie möglich ist und vom Gläubiger verlangt wird, ablehnen und statt ihrer den entsprechenden Geldbetrag leisten darf, wenn die Herstellung „nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen“ bewirkbar ist (§ 251 Abs. 2)²⁾.

Nicht jeder Schaden braucht, wie schon eingangs angedeutet wurde, in Geld abschätzbar zu sein. Er kann in der Beeinträchtigung rein wissenschaftlicher, religiöser, ästhetischer, gemütlicher Interessen bestehen. Falls Naturalherstellung möglich ist, steht auch hier der Leistung von Schadensersatz nichts im Wege. Wo sie aber nicht möglich ist, hat die Rechtsordnung nur die Wahl, entweder von jedem Schadensersatz abzusehen oder dem Geschädigten für den erlittenen „*domage moral*“ ein mehr oder minder willkürlich bemessenes Schmerzensgeld (Satisfaktionssumme, Buße) zuzusprechen. Das BGB. hat sich im Gegensatz zu der in anderen Ländern vielfach geübten Praxis ausdrücklich auf den ersteren Standpunkt gestellt (§ 253; vgl. die Ausnahmen in §§ 847, 1300).

4. Nach dem Inhalt ist noch der Umfang der Schadensersatzpflicht zu erörtern. Grundsätzlich hat der Haftende dem Geschädigten den Schaden zu ersetzen, der mit dem Ereignis, an das das Gesetz die Schadenshaftung knüpft („dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand“), in Kausalzusammenhang steht.

a) Darin liegt einmal ausgesprochen, daß derjenige Schaden nicht zu ersetzen ist, der mit diesem Ereignis in keinem Kausalzusammenhang steht, der also ohnedies eingetreten wäre: der Schuldner hat durch seine Fahrlässigkeit die Leistung des geschuldeten Gegenstands unmöglich gemacht; er kann aber nachweisen, daß letzterer bei rechtzeitiger Lieferung im Hause des Gläubigers untergegangen wäre. Und auf der anderen Seite besagt jener Satz, daß der Ersatzpflichtige dem Gegner allen Schaden ersetzen muß, der ohne das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Doch darf sich auf diesen Kausalzusammenhang von Schaden und schädigendem Ereignis grundsätzlich nur der unmittelbar Geschädigte, d. h. nur derjenige, berufen, in dessen Person sich einer der Tatbestände verwirklicht hat, die wir vorhin als Ersatzansprüche erzeugend kennengelernt haben. Der mittelbar Geschädigte, das ist derjenige, der einen Schaden nur vermöge seiner besonderen Rechtsbeziehungen zum unmittelbar Geschädigten erlitten hat, hat solche Ersatzansprüche in der Regel nicht: wird eine verkaufte, aber noch nicht übereignete Sache beschädigt, so kann nur der Verkäufer, nicht auch der Käufer Ersatzforderungen stellen, so wie nur der Handlungsgehilfe, nicht auch der möglicherweise ebenfalls geschädigte Prinzipal gegen den Dritten vorgehen kann, der dem Gehilfen eine Körperverletzung beigebracht hat³⁾. Hingegen gehört der Schaden, den der unmittelbar Geschädigte infolge von Rechtsbeziehungen erlitten hat, in denen er zu anderen Personen steht, zum unmittelbaren und darum ersatzpflichtigen Schaden: der Warengläubiger kann vom saumseligen Schuldner auch die

¹⁾ In einer (im Ergebnis richtigen) Entscheidung in Bd. 126 S. 403 (vgl. schon Bd. 71 S. 214) bestreitet das Reichsgericht, daß der Anspruch aus § 249 Satz 2 sich als eine Ausnahme vom Naturalherstellungsprinzip darstelle. Er sei ebenfalls „ein Anspruch auf Herstellung, nur nicht in der Form der unmittelbaren Leistung des Schuldners, sondern in der Form einer durch eine Geldzahlung des Schuldners vermittelten Selbstbefriedigung des Gläubigers“. Ich vermag diese auch sonst vielfach vertretene Auffassung nicht zu teilen.

²⁾ Soweit hier dem Gläubiger oder Schuldner Wahlrechte eingeräumt sind, handelt es sich um sogenannte *facultates alternativae*. Vgl. darüber den folgenden Paragraphen unter 3.

³⁾ Ausnahmen von diesem Grundsatz beispielsweise in den §§ 844, 845. Darüber unten § 52 unter 6a (S. 162).

Konventionalstrafe ersetzt verlangen, die er infolge Ausbleibens der Ware seinem Abnehmer leisten muß. Ja, in vorsichtig abzugrenzenden Fällen muß nach herrschender Lehre und Praxis der unmittelbar Betroffene sogar berechtigt sein, dem Ersatzpflichtigen einen Schaden in Rechnung zu stellen, den nicht er, sondern ein anderer erlitten hat: der Einkaufskommissionär kann vom Verkäufer, der die Möglichkeit der Leistung schuldhaft vereitelt hat, auch den vom Kommittenten erlittenen Schaden einklagen und es kann der Verkäufer sich nicht damit verteidigen, daß der Kommissionär, weil er für diesen Schaden dem Kommittenten nicht hafte, insoweit keinen eigenen Schaden erlitten habe (Schadensliquidation aus Drittinteresse)¹).

b) Der Satz, daß der unmittelbar Geschädigte jeden Schaden ersetzt verlangen kann, der mit dem schädigenden Ereignis in Kausalzusammenhang steht, bedarf einer starken, in der Natur der Sache liegenden Einschränkung. Denn sonst müßte beispielsweise der Schuldner, der durch seine Nichtleistung den Gläubiger zur anderweitigen Beschaffung der Ware genötigt hätte, diesem dafür aufkommen, daß er sich auf solcher Suche nach der Ware ein Bein gebrochen, oder müßte derjenige, der versehentlich in der Wohnung eines anderen ein Möbelstück beschädigt hätte, die silbernen Löffel ersetzen, die der zur Reparatur bestellte Handwerker dort stöhle. So einig man sich in der Ablehnung solcher Ausdehnung der Ersatzpflicht ist, so verschieden war lange Zeit die dafür gewählte Begründung. Man hat hier fälschlich von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs gesprochen oder nicht minder unrichtig einen Unterschied zwischen Ursache und Bedingung oder zwischen Ursache und Veranlassung zu konstruieren versucht. Zur richtigen Abgrenzung der Schadenshaftung hat die Erkenntnis geführt, daß ein Kausalzusammenhang entweder einen normalen, typischen oder einen anormalen, singulären Charakter aufweist, je nachdem der Erfolg, der sich aus einer Situation ergeben hat, eingetreten ist, weil die Situation nach unseren Erfahrungen allgemein geeignet war, diesen Erfolg herbeizuführen, oder eingetreten ist, weil das Spiel des Zufalls Wirkungen hervorgebracht hat, die mit der betreffenden Situation erfahrungsgemäß nur selten verbunden sind. Im einen Falle läßt sich von regelmäßigem oder adäquatem, im andern Falle von regelwidrigem oder inadäquatem Kausalzusammenhang reden. Bloß für den ersteren, nicht auch für den letzteren darf man dem Ersatzpflichtigen die Verantwortung aufbürden. Das ist vom Gesetzbuch in § 252 nur beim *lucrum cessans* ausgesprochen, gilt aber gleichermaßen auch beim *damnum emergens*. Es ist also hinsichtlich jeder Schadensersatzpflicht zu unterscheiden zwischen dem Schaden, der ersetzt werden muß, weil er mit dem schädigenden Ereignis in Zusammenhang steht, und dem Schaden, der nicht mehr ersetzt zu werden braucht, obwohl er mit ihm in Zusammenhang steht. Wie bei aller Grenzziehung, so wird auch hier die Entscheidung des einzelnen Falles häufig zweifelhaft sein²).

c) Da der Umfang des Schadensersatzes durch die vom schädigenden Ereignis in Bewegung gesetzte Kausalreihe bestimmt wird, so kann, wenn jemand aus einem Geschäftsabschluß einen Ersatzanspruch ableitet, der Schadensersatz je nach der Natur des schädigenden Umstands von zweifach verschiedener Art sein. Der Ersatzberechtigte kann entweder geltend machen, daß das Geschäft unerfüllt geblieben sei: dann will er den Schaden ersetzt haben, der mit der Nichterfüllung in Kausalzusammenhang steht; hier spricht man, weil der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre, von posi-

¹) Übersichtliche Darstellung der Lehre in OERTMANN'S Kommentar der Schuldverhältnisse, Vorbem. zu § 249 unter 3 b (S. 45f.) und bei STAUDINGER-WERNER, Vorbem. zu § 249 unter III, 2.

²) Auf die reiche sich hier auftuende Kasuistik kann im Rahmen des Grundrisses nicht eingegangen werden. Judikaturnachweise im Kommentar der Reichsgerichtsräte, Vorbemerkung zu § 249 unter 3.

tivem oder Erfüllungsinteresse. Oder der Geschädigte erblickt das schädigende Moment darin, daß das Geschäft überhaupt vorgenommen worden, von ihm überhaupt die Rede gewesen sei: dann will er den Schaden ersetzt haben, der mit der Errichtung des Geschäfts bzw. mit dem Vertrauen auf dessen Gültigkeit in Kausalzusammenhang steht; hier spricht man, weil der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, wenn das Geschäft nicht zum Abschluß gekommen und infolgedessen auf letzteren niemals gebaut worden wäre, von negativem oder Vertrauensinteresse. Die verschiedenartige Kausalreihe besagt an sich nichts über das numerische Verhältnis beider Arten von Schadensersatz: sie können sich hinsichtlich ihrer Höhe zufällig decken; es kann aber im einzelnen Falle das positive größer als das negative oder umgekehrt das negative größer als das positive sein. Ein negativer Interesseanspruch ist sowohl mit einem gültigen wie mit einem ungültigen Geschäftsabschluß verträglich. Wird er aus einem ungültigen Geschäftsabschluß abgeleitet, so liegt es in der Natur der Sache, daß der Geschädigte, auch wenn das negative das positive Interesse rechnerisch übersteigt, den über das positive Interesse hinausgehenden Betrag nicht erstattet verlangen kann¹⁾.

d) Der sich aus dem Kausalzusammenhang für den Geschädigten an sich ergebende Interesseanspruch kann eine Minderung seines Umfangs dadurch erfahren, daß der Geschädigte selbst hinsichtlich der den anderen Teil treffenden Ersatzpflicht nicht frei von Schuld ist, sei es, daß er kulpos das schädigende Ereignis geradezu mit herbeigeführt hat, sei es, daß er es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den ohne seine Mitwirkung entstandenen Schaden auf ein Mindestmaß zu beschränken, sei es, daß er es versäumt hat, den Schuldner auf die diesem nicht erkennbare Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. In allen drei Fällen kann der Richter den Beklagten von der ihm an sich obliegenden Haftpflicht je nach dem Maße des eigenen Verschuldens des Geschädigten ganz oder teilweise befreien (§ 254). Im ersten Falle redet man gern von einer „Kulpakompensation“, die zwar mehr ein juristisches Bild als ein juristischer Begriff ist, aber doch ein juristisches Bild, das den hier zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken nicht übel zum Ausdruck bringt. Im zweiten Falle erklärt sich die Einschränkung der Haftung, da Menschen in der Regel ihre eigene Güterwelt vor Schaden zu bewahren pflegen, aus der Nichthaftung des Ersatzpflichtigen für inadäquaten Kausalzusammenhang. Und dem dritten Falle — der natürlich nur für die oben unter 2a und b genannten Haftungsgruppen von Bedeutung ist — liegt die Erwägung zugrunde, daß im Verkehr die Übernahme von Verbindlichkeiten abgelehnt zu werden pflegt, aus deren Eingehung dem Übernehmenden eine Schadensersatzpflicht von erdrückender Höhe erwachsen könnte.

e) Eine Reduktion der an sich begründeten Schadenshaftung kann sich ferner daraus ergeben, daß ein Ereignis nicht nur nachteilig, sondern auch vorteilhaft auf die Vermögenslage des Geschädigten einwirkt. Solchenfalls darf letzterer nur den Schaden ersetzt verlangen, der nach Abzug des Vorteils übrig bleibt (compensatio lucri cum damno). Dabei brauchen Schaden und Vorteil nicht automatisch durch ein und dasselbe Ereignis ausgelöst zu sein; vielmehr genügt es, wenn, wie das Reichsgericht sich ausdrückt²⁾, Schaden und Vorteil „in demselben Tatsachenkomplex ihre Wurzel haben, wenn also derjenige Tatbestand, der den Schaden verursacht hat, nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge auch zu einem Vorteil für den Geschädigten führt“. Auch hier wird man bei dem Versuch nach einer Ab-

¹⁾ Im Gesetzbuch da besonders hervorgehoben, wo der negative Ersatzanspruch, wie in §§ 122, 179, 307, eine ausdrückliche Regelung erfahren hat. In der oben unter 2 vorgenommenen Einteilung gehört der negative Interesseersatz zur Gruppe b, von der er eine Abart insofern bildet, als er an die Stelle derjenigen Ansprüche tritt, die der Ersatzberechtigte gegen den Ersatzverpflichteten aus dem Geschäftsakt zu erwerben hoffte, aber nicht erworben hat.

²⁾ Entscheidungen Bd. 103 S. 408.

grenzung des adäquaten Kausalzusammenhanges auf zahlreiche Zweifelsfälle stoßen¹⁾. Während das Gesetz sich mit der Vorteilsanrechnung im allgemeinen nicht beschäftigt hat, ist eine ihr verwandte Frage in § 255 durch die besondere Bestimmung geregelt worden, daß derjenige, der „für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet ist, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen“.

f) Der Gläubiger des Schadensersatzanspruches muß im Streitfall die Höhe des erlittenen Schadens beweisen. Hierbei kommt ihm aber das weite in § 287 ZPO. dem Richter eingeräumte Schätzungsrecht zu Hilfe. Bisweilen kann der Geschädigte statt des nachweislich erlittenen (konkreten) Schadens den mutmaßlich erlittenen (abstrakten) Schaden einklagen: der Käufer einer marktgängigen, vom Schuldner nicht gelieferten Ware etwa die Differenz einfordern zwischen dem vereinbarten Preise und dem Marktpreis am Stichtag, ohne dartun zu müssen, daß er die Ware zu diesem höheren Preise zu verkaufen Gelegenheit hatte.

§ 9. Wahlschuldverhältnisse.

Literatur: LITTEN, Wahlschuld (Berlin 1903); PESCATORE, Wahlschuldverhältnisse (München 1905); GERNSHEIM, Die Ersetzungsbefugnis (*facultas alternativa*) nach deutschem bürgerl. Rechte (Berlin 1906); BOSSE, Ersetzungsbefugnis (Berlin 1924); BÄTGE, Artikel „Alternativobligation“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929); OERTMANN, Artikel „Wahlschuld“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929); vgl. auch oben S. 13, Vorbem. zu § 5.

1. Mehrere Gegenstände können den Inhalt eines Schuldverhältnisses in dem Sinne bilden, daß sowohl der eine wie der andere zu leisten ist. Diese Rechtsfigur weist keinerlei Besonderheiten auf. Mehrere Gegenstände können aber den Inhalt eines Schuldverhältnisses auch in dem Sinne ausmachen, daß nur entweder der eine oder der andere geleistet werden soll. Und diese eigenartige Figur des Obligationenrechts heißt Wahlschuldverhältnis oder Alternativobligation: der Verkäufer hat nach seiner Wahl entweder die Stute Niobe oder das Rennpferd Nixe zu liefern; der Käufer kann, je nachdem, wofür er sich entscheidet, entweder das Landschaftsbild des Meisters A oder das Genrebild des Meisters B fordern; der Reisende ist berechtigt, auf seine Fahrkarte Frankfurt/Main—Hamburg sich entweder über Cassel oder über Bebra befördern zu lassen; der Gast, der sich im Wirtshaus ein „Mittagessen“ zu festem Preise bestellt, darf zwischen einer Eierpeise und einem Fischgang wählen. Und weil hier der Obligationeninhalt mehrere Gegenstände umfaßt, während der Gläubiger nur einen von ihnen bekommen soll, faßt man mit Recht das Wesen der Alternativobligation in der Wendung zusammen: *plures res sunt in obligatione, sed una res est in solutione*. Der Grund für die Weite und Unbestimmtheit des Obligationeninhaltes, auf den die Parteien sich hier einigen, ist natürlich darin zu suchen, daß das von ihnen ins Leben gerufene Schuldverhältnis besonderen Bedürfnissen dient, deren Befriedigung auf seiten der einen oder anderen Partei eine durch Wahlfreiheit gemilderte Gebundenheit verlangt. Dabei hängt die Beantwortung der Frage, welcher der beiden Parteien das Wahlrecht zusteht, von den getroffenen Vereinbarungen

¹⁾ Unbestreitbar keine Anrechnung des Finderlohnes, den der Gläubiger erwirbt, dem auf der Suche nach passendem Ersatz für den vom Schuldner nicht geleisteten Gegenstand eine mit Banknoten gefüllte Brieftasche in die Hand fällt. Hingegen ist ein im Leben häufig auftauchender Grenzfall da gegeben, wo jemand durch falsche, über den Wert eines Grundstücks empfangene Informationen zur Gewährung eines ihn schädigenden Realkredits veranlaßt worden ist, hinterher aber das Grundstück zu einem außerordentlich vorteilhaften Preise ersteigert. Oder man denke daran, daß durch die Tötung oder Körperverletzung eines Menschen Pensions- bzw. Versicherungsansprüche ausgelöst werden. Über die Stellungnahme der Praxis zu Fällen solcher Art vgl. wiederum den Kommentar der Reichsgerichtsräte a. a. O. unter 5 und die Nachweise bei FISCHER-HENLE-TITZE, Handausgabe des BGB., 14. Aufl., § 843 unter 6.

ab. Ist deren Sinn in diesem Punkte nicht klar ersichtlich, so gebührt das Wahlrecht dem Schuldner (§ 262).

2. Die Alternativobligation kann als solche begründet, aber nicht als solche erfüllt werden. Sie muß vielmehr, ähnlich wie die Gattungsschuld, einen Zeitpunkt durchlaufen, in dem das Schuldverhältnis seine Unbestimmtheit abstreift und seinen endgültigen Inhalt annimmt. Für diese Konzentration oder Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine der wahlweise geschuldeten Leistungen hat das Gesetz eine normale und eine anormale Möglichkeit vorgesehen.

a) Die normale Konzentration läßt das Gesetz mit der Ausübung des Wahlrechts, also mit der Wahlerklärung eintreten, die sich als einseitiges, empfangsbedürftiges ein jus variandi nicht gewährendes und darum unwiderrufliches Rechtsgeschäft darstellt (§ 263 Abs. 1). Die Folge der Konzentration besteht darin, daß der gewählte Gegenstand als der von Anfang an allein geschuldete gilt (§ 263 Abs. 2)¹⁾. Mit dieser Verwandlung der obligatio alternativa in eine obligatio simplex ist jede Erinnerung daran, daß das Schuldverhältnis einstens ein Wahlschuldverhältnis gewesen ist, erloschen: wird darum dem Schuldner nach eingetretener Konzentration die Leistung des gewählten Gegenstands unmöglich, so können die Wirkungen der Leistungsunmöglichkeit von keiner Partei einseitig durch Zurückgreifen auf einen der nicht gewählten Gegenstände abgewendet werden. Der Gefahr, daß der wahlberechtigte Teil durch Nichtausübung des Wahlrechts die Lösung des Schuldverhältnisses hindert, hat das Gesetzbuch in zweifach verschiedener Weise vorgebeugt: ist der Gläubiger mit der Vornahme der Wahl im Verzug, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn letzterer dem Gegner fruchtlos zur Abgabe der Wahlerklärung eine angemessene Frist gesetzt hat (§ 264 Abs. 2); verzieht hingegen der Schuldner mit der Wahl, so muß der Gläubiger ihn zunächst zur Leistung der alternativ geschuldeten Gegenstände verurteilen lassen; dann kann er die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten, während der Schuldner das ihm noch immer verbliebene Wahlrecht jetzt nur noch durch effektive Leistung und nur so lange ausüben kann, als der Gläubiger die seinerseits gewählte Leistung noch nicht, und sei es auch nur teilweise, empfangen hat (§ 264 Abs. 1).

b) Noch vor der normalen Beschränkung durch Wahlerklärung kann die Alternativobligation eine Konzentration auf anormale Weise dadurch erfahren, daß sich die Bewirkung einer der wahlweise geschuldeten Leistungen als unmöglich herausstellt. Solchenfalls „beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen“ (§ 265 Satz 1), so daß der wahlberechtigte Teil seine Wahl nicht auf die unmögliche Leistung richten, also weder im Falle der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung die Inhaltslosigkeit des Schuldverhältnisses herbeiführen noch im Falle der verschuldeten Leistungsunmöglichkeit die Wahlschuld in eine Schadensersatzverbindlichkeit verwandeln kann. Nur dann soll nach § 265 Satz 2 die Beschränkung auf die möglichen Leistungen nicht eintreten, „wenn die Leistung infolge eines Umstands unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat“. Diese an sich berechnete Ausnahmebestimmung ist zu eng gefaßt und führt darum dort zu einem unbilligen Ergebnis, wo der Gläubiger das Wahlrecht hat und die Unmöglichkeit der Leistung von ihm verschuldet ist: der Pferdekäufer, der zwischen zwei der ihm offerierten Pferde schwankt und sie deshalb unter Ausbedingung eines innerhalb einer Woche auszuübenden Wahlrechts alternativ kauft, läßt beim Probereiten das eine Pferd durch

¹⁾ Damit hat sich das Gesetzbuch zu der sogenannten resolutiven Pendenztheorie bekannt, derzufolge mit der Wahlerklärung die nicht gewählten Gegenstände aus dem Obligationsinhalt, den sie bis dahin mitgebildet haben, ausscheiden. Im Gegensatz dazu steht die „suspensive Pendenztheorie“, nach welcher erst durch die Wahlerklärung das gewählte Objekt zum Leistungsgegenstand erhoben wird.

sein Ungeschick einen tödlichen Unfall erleiden. Während die Billigkeit verlangt, daß hier der Käufer gegen Entrichtung des Kaufpreises das von ihm ruinierte Pferd wählen dürfe, muß er nach dem Gesetzbuch das unversehrt gebliebene Pferd nehmen und bezahlen und für das getötete Pferd nach den Grundsätzen der außervertraglichen Haftung Schadensersatz leisten¹⁾.

e) Die anormale Konzentration durch Unmöglichkeit der Leistung und die normale Konzentration durch Wahlerklärung sind von ungleicher Wirkung. Nur die letztere führt eine Beschränkung der Wahlobligation, die erstere bloß eine Beschränkung des Wahlrechts herbei: die unmögliche Leistung darf, solange noch andere mögliche Leistungen vorhanden sind, nicht gewählt werden; sie bleibt aber in obligatione und ist darum wieder unbeschränkt wählbar, wenn sämtliche Leistungen unmöglich geworden sind. Hat der wahlberechtigte Schuldner a gewählt und wird die Leistung a unmöglich, so sahen wir vorhin, daß in keinerlei Hinsicht auf b zurückgegriffen werden kann. Ist hingegen vor Ausübung des Wahlrechts die Leistung a unmöglich geworden, so kann zwar der Schuldner zunächst nur b leisten; wenn aber, ehe er das tut, auch die Leistung b unmöglich wird, so ist ihm das Recht geblieben, zu bestimmen, ob der vom Gläubiger gegen ihn etwa erworbenen Ersatzforderung die Leistung a oder die Leistung b zugrunde gelegt werden soll.

3. Nicht zu verwechseln mit den Alternativobligationen sind die sogenannten *facultates alternativae*. Mit jenen haben sie die der einen Partei eingeräumte Wahlbefugnis gemeinsam; im übrigen aber sind beide Figuren von sehr verschiedenartiger Rechtsnatur. Bei der Alternativobligation sind die wahlweise geschuldeten Leistungen juristisch einander gleichwertig; bei der *facultas alternativa* haben wir es mit mehreren Leistungsgegenständen zu tun, von denen der eine den „eigentlichen“ Inhalt des Schuldverhältnisses bildet, während die anderen Gegenstände „auch“ geleistet bzw. „auch“ gefordert werden können. Einschlägige Beispiele liefern die Fälle, wo der Inhalt einer Schadensersatzpflicht in Wiederherstellung des früheren Zustands besteht, der Gläubiger statt dessen aber Geldersatz verlangen bzw. der Schuldner Geldersatz leisten darf (§ 249 Satz 2; § 251 Abs. 2)²⁾. Oder man nehme an, daß ein Bauer im Testament seinen Sohn zum alleinigen Erben einsetzt mit der Bestimmung, daß er seine, des Testators, Schwester lebenslänglich auf dem Hofe wohnen lassen soll, falls er es nicht vorziehe, diese Verpflichtung durch Zahlung einer Kapitalsumme von der und der Höhe abzulösen. Aus der Rechtsgeschichte gehört vielleicht hierher der Satz des römischen Rechtes, wonach der Sklaveneigentümer für die Delikte seiner Sklaven Ersatz zu leisten hat, sich dieser Verbindlichkeit aber durch Herausgabe des Sklaven ent schlagen kann. Zutreffend hat man zur Charakterisierung dieser Erscheinungen und zur Hervorhebung ihres Unterschieds von den Alternativobligationen die oben wiedergegebene Parömie dahin variiert: *una res est in obligatione, sed plures res sunt in solutione*. Während das Gesetzbuch den Alternativobligationen die vorstehend skizzierte Regelung hat zuteil werden lassen, entbehren die *facultates alternativae* gemeinsamer Vorschriften. Aus der verschiedenen Natur beider Rechtsinstitute folgt, daß eine Reihe von praktischen Fragen, die namentlich den Einfluß der Unmöglichkeit der Leistung, das *jus variandi* des Wahlberechtigten und die Nichtausübung des Wahlrechts betreffen, hier anders als bei den Alternativobligationen zu beantworten ist.

¹⁾ Man möchte hier eine redaktionelle Ungeschicklichkeit des Gesetzgebers annehmen. Aber bei den Beratungen des Gesetzes (Protokolle Bd. 2 S. 283) ist die Konsequenz, zu der die Fassung des § 265 führt, klar erkannt worden. Die Kommission hat sich über sie hinweggesetzt weil sie von „untergeordneter Bedeutung“ sei. Die Praxis sucht über das unhaltbare Ergebnis durch Betonung des dispositiven Charakters des Rechtssatzes hinwegzukommen.

²⁾ Oben S. 27f.

§ 10. Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt.

Wir haben bereits in der Gestalt der Gattungsschuld und der Wahlschuld Obligationen kennengelernt, deren Inhalt insofern nicht fest fixiert war, als die eine Partei einen gewissen Spielraum hinsichtlich dessen hatte, was sie leisten bzw. was sie fordern wollte. Immerhin war in beiden Fällen der Kreis der Gegenstände, aus dem geleistet werden sollte, klar umschrieben und darum eine relative Bestimmtheit doch vorhanden. Die Unbestimmtheit der Obligation kann aber bisweilen größer sein, als in jenen beiden Fällen: es kann lediglich ausgemacht sein, daß der Schuldner etwas leisten soll, hingegen die Frage offen gelassen sein, was oder wieviel er leisten soll. Man denke etwa, daß unter früheren Verhältnissen ein Unternehmer im Anstellungsvertrag versprach, seine Arbeiter „versichern zu lassen“, ohne daß über die Art der Versicherung Näheres vereinbart worden wäre; oder daß beim Engagement die Hausfrau dem Dienstmädchen „ein Weihnachtsgeschenk“ oder der Prinzipal dem Angestellten eine „Gratifikation“ neben dem Gehalt zusichert; oder daß sich jemand einem Bilderhändler gegenüber verpflichtet, ihm „jährlich ein Bild abzukaufen“ oder ein Freund einem anderen ein Stück aus seinem Mobiliar verkauft und die Parteien die Höhe des Kaufpreises absichtlich unerörtert lassen. Weil hier in weit stärkerem Maße als vorhin von inhaltlicher Unbestimmtheit gesprochen werden muß, lassen sich diese Schuldverhältnisse schlechthin als Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt oder, wie es in der Literatur geschehen ist, als Blankettschuldverhältnisse bezeichnen. Sie sind natürlich nicht schrankenlos zulässig, sondern es ist Sache der Prüfung des einzelnen Falles, ob die Umstände so liegen, daß trotz der Unbestimmtheit der Leistung ein Schuldverhältnis entstanden ist, ob also die Parteien sich überhaupt rechtlich binden wollten, und wenn ja, ob eine Bindung in der freien Form nicht dem Begriff des Schuldvertrags oder den guten Sitten widerspricht.

Soweit hiernach Schuldverhältnisse mit unbestimmtem Leistungsinhalt möglich sind, erfahren sie ihre Konkretisierung durch Bestimmung seitens des Bestimmungsberechtigten. Als solcher kann je nach dem Obligationsinhalt der Gläubiger oder der Schuldner oder ein am Schuldverhältnis unbeteiligter Dritter oder auch eine Mehrheit dritter Personen (§ 317 Abs. 2) in Frage kommen. Stellt sich die unbestimmte Leistung als Gegenleistung einer bestimmten dar, so ist im Zweifel anzunehmen, daß das Bestimmungsrecht der Gläubiger der unbestimmten Leistung haben soll (§ 316). Ausgeübt wird das Bestimmungsrecht auch hier durch empfangsbedürftige Erklärung, die entweder an den Obligationsgegner oder, wo ein Dritter bestimmungsberechtigt ist, an eine der beiden Parteien des Schuldverhältnisses zu richten ist (§§ 315 Abs. 2; 318 Abs. 1).

Das Schuldverhältnis kann die Bestimmung dem billigen Ermessen oder dem freien Belieben des Bestimmungsberechtigten überlassen. Ersteres ist jedenfalls da, wo die Bestimmung bei einer der Parteien liegt, die Regel (§ 315 Abs. 1). Hat für die Bestimmung billiges Ermessen zu walten, so ist die unbillige Bestimmung unverbindlich und wird durch richterliches Urteil ersetzt, das hier auch dann eingreift, wenn der Bestimmungsberechtigte die Bestimmung nicht rechtzeitig trifft (§§ 315 Abs. 3; 319 Abs. 1¹⁾). Soll ein Drittmann die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so würde ein Ausbleiben der Bestimmung den Schuldvertrag unwirksam machen (§ 319 Abs. 2).

§ 11. Ersatz von Aufwendungen; Rechnungslegung; Auskunftserteilung.

Das Gesetzbuch enthält noch Vorschriften hinsichtlich des Inhalts einiger Schuldverbindlichkeiten, die gewöhnlich nur als Nebenverpflichtungen im Rahmen

¹⁾ Nach der verschiedenen Formulierung, die § 315 Abs. 3 Satz 1 einerseits und § 319 Abs. 1 Satz 1 andererseits aufweisen, hat im ersten Falle derjenige, der die Billigkeit behauptet, die Billigkeit, im zweiten Falle derjenige, der die Unbilligkeit behauptet, die Unbilligkeit zu beweisen.

anderweitiger Schuldverhältnisse vorkommen. Es sind das die in der Überschrift genannten Fälle des Ersatzes von Aufwendungen, der Rechnungslegung und der Auskunftserteilung. Dabei haben wir es hier nicht mit der Frage zu tun, wann solche Verpflichtungen gegeben sind. Sondern das Gesetz regelt in den uns an dieser Stelle beschäftigenden Bestimmungen nur die Frage nach dem Inhalt dieser Pflichten, falls sie gegeben sind. Die Frage, wann sie entstehen, ist vom Gesetz im Zusammenhang mit den Rechtsverhältnissen geregelt, als deren Begleiterscheinungen jene Pflichten auftauchen.

Die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen ist ein Unterfall der Schadensersatzpflicht¹⁾. Durch die Sonderregelung aber, die er im Gesetz erfahren, ist er den allgemeinen Vorschriften des Schadensersatzrechtes entzogen. Es gilt hier nicht das früher erwähnte Prinzip der Naturalherstellung, sondern das des primären Geldersatzes. Im Gesetz ist das durch die Bestimmung des § 256 zum Ausdruck gebracht, wonach derjenige, der „zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtet ist, den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen hat“ (sogenannte Verwendungszinsen). Diese grundsätzliche Preisgabe des Naturalherstellungsprinzipes hat die Aufnahme einer Vorschrift notwendig gemacht, die im Falle seiner Geltung überflüssig wäre, daß nämlich da, wo die Aufwendung in der Eingehung einer Verbindlichkeit besteht (jemand ist für eine fremde Sache Reparaturkosten schuldig geworden), der Ersatzberechtigte vom Ersatzpflichtigen Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann (§ 257).

Die Verpflichtung zur Rechenschaftslegung umfaßt die Pflicht zur Zusammenstellung einer die Einnahmen und Ausgaben enthaltenden, gegebenenfalls mit Belegen verbundenen Rechnung; die Verpflichtung, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über seinen Bestand Auskunft zu erteilen, die Pflicht zur Vorlegung eines Verzeichnisses. Wenn Grund zu der Annahme besteht, daß diese Pflichten nicht mit der erforderlichen Sorgfalt erfüllt worden sind, und es sich nicht um Angelegenheiten von geringer Bedeutung handelt, kann der Gläubiger vom Schuldner die Leistung des im Gesetz des näheren normierten Offenbarungseides verlangen (§§ 259—261).

II. Zeit und Ort der Leistung.

§ 12. Die Zeit der Leistung.

Literatur: IMMERWAHR, Die Kündigung (Breslau 1898); ELSTER, Artikel „Kündigung“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 3, 1928); BÄTGE, Artikel „Fälligkeit (einschl. Fixgeschäft)“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 3, 1931).

1. Der Zeitpunkt, in dem die Leistung bewirkt werden soll, heißt die Fälligkeit der Schuld. Gibt der Inhalt des Forderungsrechtes weder unmittelbar noch mittelbar über die Fälligkeit Auskunft, so tritt sie, falls für das konkrete Schuldverhältnis nicht ein Sonderrechtssatz eingreift, sofort mit der Entstehung des Schuldverhältnisses ein (§ 271 Abs. 1). Weist hingegen der Obligationseinhalt hinsichtlich seiner zeitlichen Seite eine Bestimmung auf, so ist natürlich diese maßgebend. Dabei kann die Fälligkeit von den Parteien entweder kalendermäßig fixiert oder durch einen dies zwar certus an, aber incertus quando festgelegt sein.

¹⁾ Daß dem so sei, bestreitet LOCHER in der eingehenden und anregenden Besprechung, die er den ersten Auflagen dieses Buches in der Krit. Vierteljahresschrift 3. Folge, Bd. 22, S. 257 ff. gewidmet hat. Er meint, daß für die Aufwendungen das Merkmal der Freiwilligkeit, für den Begriff des Schadens das Merkmal der Unfreiwilligkeit charakteristisch sei. Ich vermag der Locherschen Formulierung nicht beizutreten, ohne indessen meine abweichende Ansicht an dieser Stelle näher ausführen zu können.

Nicht selten wird kraft Gesetzes oder kraft Vereinbarung die Fälligkeit davon abhängig gemacht, daß eine der Parteien das Schuldverhältnis kündigt. Die Kündigung ist eine einseitige, dem anderen Teile gegenüber abzugebende Willenserklärung, mittelst deren der Kündigungsberechtigte der Obligation einen Endtermin setzt. Dadurch daß die Kündigung nur für die Zukunft wirkt, die der Vergangenheit angehörige Rechtsfolgen also unangetastet läßt, unterscheidet sie sich vom Rücktritt vom Vertrag. Der von der Kündigung gesetzte Endtermin kann mit dem Zeitpunkt ihres Zugehens zusammenfallen, tritt aber in der Regel erst ein, wenn seit letzterem eine gesetzlich oder vertraglich vorgesehene Mindestfrist, die sogenannte Kündigungsfrist verstrichen ist. Eine bestimmte Form ist von Gesetzes wegen für die Kündigung nicht vorgeschrieben. Doch wird für sie sehr häufig in Verträgen der „eingeschriebene Brief“ vorgesehen. Auf eine solche, nur der Empfangssicherung dienende Formvereinbarung wird die Auslegungsregel des § 125 Satz 2 nicht angewendet werden dürfen: auch der nicht eingeschriebene, aber nachweislich zur Kenntnis des Adressaten gelangte Kündigungsbrief ist rechtswirksam¹⁾. Um eine durch Rechtsgeschäft geschaffene Kündigungsform handelt es sich auch da, wo — wie das bei Anleihen großen Stiles üblich ist — die Darlehnsvaluta rückzahlbar ist nach erfolgter (und bekannt gemachter) Auslosung der über sie ausgestellten Schuldverschreibungen.

Bei langfristigen Verträgen, mögen es nun Darlehns-, Miet- oder Pachtverträge sein, wird oft von den Parteien ein kalendermäßig fixierter Endtermin für das Schuldverhältnis ausgemacht, aber mit dem Hinzufügen, daß letzteres weiter dauere, wenn bis zu jenem Termin eine Kündigung nicht erfolgt sei. Solchenfalls hat die Kündigung nicht sowohl den Zweck, für ein Schuldverhältnis ein sonst nicht vorgesehenes Ende herbeizuführen, als vielmehr den Zweck, den Eintritt eines neuen bzw. die Verlängerung eines alten Schuldverhältnisses zu verhindern. Mit Rücksicht auf diese andersartige Funktion hat man für solche Kündigungen in der Literatur die Bezeichnung „unechte Kündigung“ gewählt²⁾.

2. Die Parteien haben es in der Hand, mit einer Fälligkeitsbestimmung, die sie treffen, einen sehr verschiedenartigen Sinn zu verbinden.

a) So kann einmal die subjektive Ausdehnung der Fälligkeit verschieden sein: letztere besagt nämlich entweder, daß vor ihrem Eintritt weder der Gläubiger die Leistung verlangen noch der Schuldner sie bewirken darf; oder sie bedeutet, daß ohne sie der Gläubiger zwar zur Forderung, der Schuldner aber von sich aus nicht zur Bewirkung der Leistung berechtigt ist; oder sie ist endlich so aufzufassen, daß der Schuldner zwar zur vorzeitigen Bewirkung, aber der Gläubiger nicht zum vorzeitigen Verlangen der Leistung befugt sein soll. Die erste Eventualität ist nicht häufig; die zweite sehr selten (kommt aber z. B. beim Verwahrungsvertrag vor; vgl. §§ 695, 696); die dritte ist der Normalfall. Wie im römischen Rechte gilt also auch heutzutage der Grundsatz: *diei adiectio in dubio pro reo est*, d. h. der Schuldner hat im Zweifel vor der Fälligkeit keine Leistungspflicht, aber ein Leistungsrecht. Macht der Schuldner von dem Rechte vorzeitiger Leistung Gebrauch, so ist er zum Abzug von Zwischenzinsen selbst dann nicht berechtigt, wenn die Schuld eine unverzinsliche gewesen ist (§ 272)³⁾.

¹⁾ So auch das Reichsgericht in Bd. 77 S. 70 der Entscheidungen.

²⁾ Die Unterscheidung von der echten Kündigung ist namentlich da von praktischer Bedeutung, wo, wie im gegenwärtigen Mietnotrecht, für jene besondere Schranken errichtet sind. Es erhebt sich alsdann die Frage, ob diese Schranken auch für die unechte Kündigung gelten. Die Frage wird im Prinzip zu verneinen sein. Vgl. dazu die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 86 S. 62, Bd. 97 S. 81 und Bd. 114 S. 138.

³⁾ Der Satz, daß der Schuldner vor der Fälligkeit zwar leisten darf, aber nicht leisten muß, erleidet eine einschneidende Ausnahme, sobald der Schuldner in Konkurs geraten ist. Denn nach § 65 Abs. 1 KO. werden betagte Schulden mit der Konkursöffnung sofort fällig. Das würde auch von den vorhin erwähnten Verbindlichkeiten gelten, die erst auf Grund einer Kündigung oder Auslosung fällig werden. Und weil im Konkurs der Schuldner vor der Zeit leistungspflichtig ist, darf er unverzinsliche Schulden um den Zwischenzins kürzen (§ 65 Abs. 2 KO.).

b) Und sodann ist auch die objektive Tragweite der Fälligkeit einer verschiedenen Bemessung fähig. Die Parteien können nämlich einmal der Meinung sein, daß die Leistung nicht später als im Zeitpunkt der Fälligkeit erbringbar sei, daß sich also die in diesem Zeitpunkt verabsäumte Leistung nicht mehr nachholen lasse, sondern infolge Ablaufs der für sie maßgeblichen Zeit auf immer unmöglich geworden sei (sogenanntes Fixgeschäft). Oder aber die Fälligkeit ist nur dahin zu verstehen, daß die nach ihrem Verstreichen erbrachte Leistung keine pünktliche Leistung mehr sei und darum die Rechtswirkungen der unpünktlichen Leistung nach sich ziehe; daß aber die nachträgliche Leistung noch immer eine Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses bleibe und darum vom Gläubiger nicht ohne weiteres abgelehnt, noch weniger vom Schuldner ohne weiteres verweigert und durch Schadensersatz abgegolten werden könne. Soweit nicht Schuldverhältnisse durch Wendungen wie „genau zu der Zeit“, „fest zu dem Tage“, „nicht später als ausgemacht“ den Charakter des Fixgeschäfts deutlich erkennen lassen, ist für die Fälligkeit von der zweiten der hier erwähnten Auffassungsmöglichkeiten auszugehen. Nur darf natürlich auch bei den Nicht-Fixgeschäften nicht aus der Tatsache, daß sie an sich eine nachträgliche Leistung zulassen, auf eine zeitlich unbegrenzte Erfüllbarkeit geschlossen werden. Sondern auch sie tragen eine je nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses näher oder ferner liegende zeitliche Grenze in sich, jenseits deren die Leistung aufhört, eine solche im Sinne der betreffenden Obligation zu sein, so daß wieder der Fall einer durch Zeitablauf herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung gegeben ist. Man denke etwa, daß ein Mühlenbesitzer hundert Sack von dem in seiner Mühle herzustellenden Weizenmehl zu einem fest bestimmten Preise zu liefern versprochen hätte. Die Mühle brennt ab und wird erst nach sieben bis acht Monaten wieder hergestellt. Es würde dem Wesen des auf die Konjunkturen des Marktes berechneten Geschäftes widersprechen, wenn der Mühlenbesitzer für verpflichtet zu erachten wäre, nach Ablauf einer so erheblichen Zeit aus neu anzukaufendem Material die Ware zu den kontraktlichen Bedingungen zur Verfügung des Bestellers zu halten¹⁾.

Unter den Fixgeschäften pflegt man absolute und relative zu unterscheiden. Bei den absoluten handelt es sich um Leistungen, die nach Ablauf des Stichtages sinngemäß überhaupt nicht mehr erbringbar sind und wo darum beide Parteien sich auf den Fixcharakter des Geschäftes berufen können: es hat jemand für einen bestimmten Konzertabend die Ausschmückung des Saales oder den Druck der Programme übernommen. Bei den relativen Fixgeschäften hingegen stehen Leistungen in Frage, die sich ihrer Art nach auch noch später als vereinbart bewirken ließen, von denen aber zugunsten des Gläubigers bestimmt ist, daß die verspätete Leistung der unmöglichen gleichstehen soll, und wo darum der Gläubiger die Wahl hat, ob er auf nachträglicher Erfüllung bestehen oder den Fixcharakter des Geschäftes geltend machen will. In diesem relativen Sinne wird der Begriff des Fixgeschäfts verwendet im § 361 BGB. und im § 376 HGB.

3. Für die Berechnung der sich aus dem Gesetz ergebenden oder von den Parteien vereinbarten Termine und Fristen gelten mangels abweichender Abrede oder relevanter Verkehrssitte die §§ 186ff. Für die im Gesetzbuch nicht geregelte Frage, zu welcher Tagesstunde der Schuldner zu leisten habe, sind ausschließlich Parteiabmachung und Verkehrsgebrauch maßgebend.

§ 13. Das Zurückbehaltungsrecht.

Literatur: SCHLEGELBERGER, Das Zurückbehaltungsrecht (Jena 1904); CRISOLLI, Artikel „Zurückbehaltungsrecht“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929); REUTER, Die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug (Leipzig 1909).

¹⁾ Vgl. dazu die Urteile des Reichsgerichts in SEUFFERTS Archiv Bd. 45 Nr. 176 und Bd. 54 Nr. 81.

1. Trotz eingetretener Fälligkeit kann der Schuldner berechtigt sein, „die ihm obliegende Leistung zurückzubehalten. Solches „Zurückbehaltungsrecht“ oder „Retentionsrecht“ wird ihm vom Gesetz bisweilen da verliehen, wo er selbst eine fällige Forderung gegen den Gläubiger hat. Es begründet für den Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht, eine Einrede in der technischen Sprache des Gesetzbuchs. Dieses Recht zur Retention soll dem Schuldner eine pfandähnliche Sicherung geben; es soll ihn davor schützen, daß er seine Leistung aus der Hand gibt, um hinterher der problematischen Erfüllung seines Forderungsrechtes nachzujagen.

2. Das Zurückbehaltungsrecht setzt voraus, daß die Forderung, deren Erfüllung aufgeschoben wird, und jene, um deren Sicherung es sich handelt, miteinander in sachlichem Zusammenhang stehen. Solche Konnexität liegt nach dem Gesetzbuch vor, wenn die Verpflichtung des Schuldners gegen den Gläubiger „aus demselben rechtlichen Verhältnis“ wie sein Anspruch gegen ihn stammt (§ 273 Abs. 1). Das würde natürlich in erster Linie auf die Forderungen aus gegenseitigen Verträgen (Kauf, Miete, Werkvertrag usw.) zutreffen. Hier aber steigert sich das Zurückbehaltungsrecht zu der später noch zu besprechenden Einrede des nicht erfüllten Vertrags¹⁾. Hingegen kommen als Anwendungsfälle die *actiones directae* und *contrariae* der sogenannten unvollkommen zweiseitigen Schuldverhältnisse in Betracht (Leihe, Hinterlegung, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag)²⁾, ohne daß damit die Erscheinungen erschöpft wären, wo das Rechtsverhältnis, auf dem die beiderseitigen Ansprüche beruhen, „nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben als ein einheitliches zu betrachten ist“. Es würden beispielsweise auch die beiderseitigen Bereicherungsansprüche hierher gehören, die sich einstellen, wenn auf Grund eines nichtigen Vertrages von beiden Teilen Leistungen bewirkt worden sind³⁾. Und auch wenn ein „einheitliches Rechtsverhältnis“, juristisch genau genommen, nicht vorliegen sollte, so ist doch nach dem Willen des Gesetzbuchs Konnexität im Sinne des Zurückbehaltungsrechtes stets da als gegeben anzusehen, wo jemand einen (nicht durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangten) Gegenstand herauszugeben hat, auf den er entweder Erstattung heischende Auslagen gemacht oder durch den er einen ihm zu ersetzenden Schaden erlitten hat (§ 273 Abs. 2; vgl. auch § 1000).

3. Es kann Konnexität der beiderseitigen Forderungen gegeben sein und ein Zurückbehaltungsrecht dennoch nicht in Frage kommen. Das trifft zu:

a) einmal da, wo der Erwerb des Zurückbehaltungsrechtes durch den ganzen Inhalt des Schuldverhältnisses ausgeschlossen ist (§ 273 Abs. 1). Es haben etwa die Parteien die Entstehung oder die Fortdauer des Zurückbehaltungsrechtes vertragsmäßig ausgeschlossen. Oder es würde ein Vermögensverwalter die von ihm geschuldete Rechnungslegung verweigern, bis ihm die Auslagen, die er gehabt habe, bezahlt seien: er kann es nicht, weil die Frage, ob und in welcher Höhe ein Anspruch auf Auslagenersatz entstanden, erst durch die Rechnungslegung klargestellt werden soll.

b) Zufolge des bloßen Sicherungszweckes, der mit dem Zurückbehaltungsrecht verfolgt wird, entfällt es, wenn der Gläubiger hinsichtlich der ihm obliegenden Leistung dem Schuldner anderweite ausreichende Sicherheit leistet. Nur darf die angebotene Sicherheit nicht in bloßer Bürgschaft bestehen (§ 273 Abs. 3).

c) Endlich können dem Zurückbehaltungsrecht Hindernisse erwachsen aus seinem Verhältnis zu der in anderem Zusammenhang zu besprechenden Kompensation⁴⁾. An und für sich sind beide Institute von wesensverschiedener Art: durch das Zurückbehaltungsrecht strebt der Schuldner lediglich Sicherung, durch die

¹⁾ Siehe unten § 19 unter 3. ²⁾ Vgl. hierzu wieder unten § 19 am Anfang.

³⁾ Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 108 S. 336. Vgl. auch Bd. 110 S. 357; Bd. 118 S. 299; Bd. 126 S. 385 und unten § 51 unter 3a (S. 152).

⁴⁾ Unten § 26 (S. 67 bei Anm. 1).

Kompensation endgültige Befreiung an. Und darum ist für das Retentionsrecht im Gegensatz zur Aufrechnung nicht erforderlich, daß die beiderseitigen Forderungen auf gleichartige Objekte gerichtet sind. Andererseits geht der Schuldner des Zurückbehaltungsrechtes nicht deshalb verlustig, weil ihm das weitergehende Kompensationsrecht zusteht. Wo aber nach Lage der Dinge der Schuldner sowohl zur Kompensation, wie zur Zurückbehaltung befugt ist, dürfen die vom Gesetz für die Kompensation errichteten Schranken nicht dadurch umgangen werden, daß der Schuldner erklärt, nicht kompensieren, sondern nur retinieren zu wollen. Weil aus sozialpolitischen Gründen bestimmte Gläubiger in barem Gelde befriedigt werden sollen, hat das Gesetz, wie wir später sehen werden, die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen verboten (§ 394). Darum muß gegen letztere auch das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen sein. Denn so verschieden, wie gesagt, auch im übrigen die Funktionen von Kompensation und Retention sind: die vom Gesetz angestrebte bare Befriedigung des Gläubigers würde durch die eine ebenso wie durch die andere vereitelt werden¹⁾.

4. Die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes ergeben sich aus dem Begriff des Leistungsverweigerungsrechtes. Weil das Retentionsrecht für den Schuldner eine Einrede begründet, kann er, solange es dauert, mit der ihm obliegenden Leistung nicht in Verzug geraten. Und im Prozeß darf der Richter das Zurückbehaltungsrecht nur berücksichtigen, soweit sich der Beklagte darauf beruft. Hinsichtlich der wichtigsten prozessualen Folge weist freilich das Zurückbehaltungsrecht gegenüber sonstigen Einreden des Schuldners eine bedeutsame, aus dem bloßen Sicherungszweck sich ergebende Verschiedenheit auf. Während nämlich die normale Wirkung einer vom Beklagten im Prozeß mit Erfolg vorgeschützten Einrede die Abweisung der Klage ist, wird der Schuldner trotz des Zurückbehaltungsrechtes verurteilt, aber nicht, wie es ohne das Zurückbehaltungsrecht der Fall sein würde, schlechthin, sondern unter einer Einschränkung: er wird nur verurteilt „zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung“ (Erfüllung Zug um Zug). Vgl. § 274 Abs. 1 in Vbd. mit ZPO. §§ 726, 756, 765.

5. Von den besonderen Voraussetzungen und Wirkungen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes wird im Handelsrecht die Rede sein.

§ 14. Der Ort der Leistung.

Literatur: FRANZ LEONHARD, Erfüllungsort und Schuldort (Berlin 1907).

1. Die Lokalisierung der Leistungspflicht hat einen zweifachen Sinn, je nachdem man mehr die tatsächliche oder mehr die rechtliche Seite des Leistungsvorganges ins Auge faßt. In dem einen Falle handelt es sich um den Ort, an dem der Gläubiger die geschuldete Leistung bekommen, im andern Falle um den Ort, an dem allein der Schuldner tätig werden oder dem allein er hinsichtlich der seine Leistungspflicht nach Art und Umfang bestimmenden Faktoren, soweit sie örtlich bedingt sind, unterworfen sein soll. Den ersteren Ort kann man, je nachdem man ihn vom Standpunkt der Ware, des Schuldners oder des Gläubigers betrachtet, als Bestimmungsort, Ablieferungsort oder Annahmeort bezeichnen. Der letztere Ort heißt für gewöhnlich (so auch in der Sprache der ZPO.) „Erfüllungsort“; das BGB. nennt ihn „Leistungsort“. Ablieferungsort und Erfüllungsort können zusammenfallen und fallen häufig zusammen: so wenn ein Frankfurter Pferdehändler ein in Frank-

¹⁾ Trotzdem hat die Praxis eine Zeitlang gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen dem Arbeitgeber ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt. Das hatte seinen Grund darin, daß der Arbeitgeber vor Lohnforderungen geschützt werden sollte, wenn ihm gegen den Arbeitnehmer eine Schadensersatzforderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung zustand. Diese mißbräuchliche Verwendung des Retentionsrechtes ist überflüssig geworden, seitdem man sich unter Führung des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 85 S. 108ff.) entschlossen hat, vom Aufrechnungsverbot des § 394 eine Ausnahme da zuzulassen, wo der unpfändbaren Lohnforderung eine Ersatzforderung aus vorsätzlichem Delikt des Arbeitnehmers gegenübersteht.

furt lieferbares Pferd verkauft. Sie können aber auch auseinanderfallen: so wenn ein Käufer in Frankfurt bei einer Berliner Möbelfirma einen Schrank bestellt. Dann ist der Schrank in Frankfurt abzuliefern und die Berliner Firma hat ihn an diesen Bestimmungsort zu senden. Daß trotzdem Berlin Erfüllungsort bleibt, kommt einmal darin zum Ausdruck, daß vom Frankfurter Käufer die Gefahr und die Kosten des Transportes zu tragen sind. Es hat eben der Verkäufer durch seine in Berlin entfaltete Tätigkeit der ihm aus dem Schuldverhältnis obliegenden Verpflichtung, soweit seine Mitwirkung in Frage kam, Genüge getan¹⁾. Aber selbst wenn der Verkäufer die Kosten (§ 269 Abs. 4), ja selbst wenn er die Gefahr des Transportes übernommen hätte, brauchte damit noch nicht notwendigerweise Berlin den Charakter des Erfüllungsortes verloren zu haben. Denn die Bedeutung des Erfüllungsortes erschöpft sich nicht in der Verteilung von Gefahr und Kosten des Transportes. Sondern der Erfüllungsort stellt gewissermaßen den „Sitz“ oder den „Heimatsort“ des Schuldverhältnisses dar, was seine Wirkung unter anderem darin äußert, daß bei einer großen Zahl von Schuldverhältnissen der Schuldner am Erfüllungsort verklagt werden kann, auch wenn er dort seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht hat (forum solutionis; § 29 ZPO.); daß ferner da, wo Verkehrssitte und Geschäftsgebrauch über den Inhalt eines Schuldverhältnisses entscheiden, nach hergebrachter Lehre die des Erfüllungsortes maßgebend sind (vgl. auch § 361 HGB.); und daß, falls über die Beherrschung des Schuldverhältnisses verschiedene Rechtsordnungen miteinander streiten, nach einer im internationalen Privatrecht weitverbreiteten, wenn auch bestrittenen Ansicht die Obligation dem am Erfüllungsort geltenden Normenkomplex zu unterstellen ist.

2. Welcher Ort im einzelnen Falle als Erfüllungsort und welcher als Ablieferungsort in Betracht kommt, hängt von dem Inhalt ab, den die Parteien dem Schuldverhältnis gegeben haben. Sie können beide Orte willkürlich bestimmen. Enthält der Vertragsinhalt ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmungen hierüber nicht, so hat nach § 269 Abs. 1 und 2 die Leistung an dem Orte zu erfolgen an dem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz bzw. seine gewerbliche Niederlassung hatte. Unter dem für die Leistung bestimmten Orte im Sinne dieses Paragraphen ist sowohl der Erfüllungs- wie der Ablieferungsort zu verstehen. Die Schulden sind also im Zweifel nicht Bringschulden und nicht Schickschulden, sondern Holschulden. Nur da, wo Geld geschuldet ist, hat es der Schuldner mangels gegenteiliger Abmachung dem Gläubiger an dessen Wohnsitz oder Gewerbeort zu übermitteln. Von dieser Sondervorschrift für Geldschulden wird aber, obwohl Gefahr und Kosten der Übermittlung für gewöhnlich der Schuldner zu tragen hat, nur der Ablieferungsort, nicht auch der Erfüllungsort getroffen (§ 270). Ob aus diesem Satze, wie es vielfach geschieht, gefolgert werden darf, daß der Geldschuldner pünktlich geleistet hat, wenn er am Fälligkeitstage die Geldsumme vom Erfüllungsort abgesendet hat, erscheint mehr als zweifelhaft.

3. Über das Leistungslokal enthält das Gesetz ebensowenig eine Bestimmung, wie vorhin über die Leistungsstunde. Hier greift normierend die Verkehrsgewohnheit ein.

¹⁾ Damit ist nicht gesagt, daß bereits „geleistet“, d. h. das Schuldverhältnis durch „Erfüllung“ erloschen sei. Regelmäßig wird das sogar nicht der Fall sein, da die Erfüllung Besitz- und Eigentumserwerb des Käufers voraussetzt und diese Voraussetzung meistens erst mit der Vollendung des Transportes eintritt. Die Bezeichnung „Leistungs-“ bzw. „Erfüllungsort“ ist darum mit Recht als schief und irreführend getadelt worden. LEONHARD will an ihre Stelle den Begriff des Schuldorts treten lassen und schlägt für den anderen Ort, wo die Ware tatsächlich in die Hände des Gläubigers gelangt, den Namen „Vollzugsort“ vor. Wenn auch diese Terminologie von Mängeln nicht frei ist, so würde sie doch gegenüber der jetzigen sicherlich einen Fortschritt darstellen.

Zweites Kapitel.

Die Entstehung des Schuldverhältnisses.

§ 15. Allgemeines.

Für die Schuldverhältnisse gibt es einen doppelten Entstehungsgrund. Die Rechtsordnung läßt jemanden zum Schuldner entweder deshalb werden, weil er selbst erklärt hat, Schuldner sein zu wollen: sie vollstreckt hier gewissermaßen, indem sie ihm die Schuldnerrolle aufbürdet, nur den eigenen Willen des Schuldners; oder sie läßt jemanden aus einem Schuldverhältnis verpflichtet werden ohne Rücksicht darauf, ob er einen Willen zu solcher Verpflichtung zu erkennen gegeben hat: sie ignoriert hier also die Stellungnahme des Schuldners zu der ihm auferlegten Gebundenheit. In dem einen Falle entstammt das Schuldverhältnis einem Rechtsgeschäft, im andern Falle hat es keine rechtsgeschäftliche Grundlage, sondern ruht lediglich auf dem Gesetz¹⁾.

Da, wo es sich um Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften handelt, kann wiederum die Rechtsordnung die Entstehung der Schuldverbindlichkeit entweder an die einseitige Erklärung des Schuldners knüpfen, oder sie kann die schuld-begründende Wirkung der Erklärung von deren Annahme durch den anderen Teil, also vom Abschluß eines Schuldvertrags abhängig machen. Nach § 305 ist zur Erzeugung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses grundsätzlich ein Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich und genügt eine einseitige Erklärung des Schuldners nur da, wo das Gesetz (wie z. B. bei der Auslobung) solche Ausnahme ausdrücklich zuläßt.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die nicht auf ein Rechtsgeschäft, sondern unmittelbar auf das Gesetz basierten Schuldverhältnisse einer gemeinschaftlichen Betrachtungsweise hinsichtlich ihres Entstehungsgrundes nicht fähig sind²⁾. Sondern bei den gesetzlichen Schuldverhältnissen bleibt nichts anderes übrig, als — wie wir es im zweiten Kapitel unseres zweiten Teiles tun werden — die einzelnen Tatbestände zu beschreiben, deren Vorliegen das Schuldverhältnis ins Leben ruft. Hingegen vertragen und verlangen die rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse zufolge des gemeinsamen Ursprungs, den sie haben, neben der später vorzunehmenden Untersuchung ihrer wichtigsten einzelnen Erscheinungsformen eine zusammenfassende Behandlung, die teils die Grenzen der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit, teils eine Reihe von Differenzierungen betrifft, die zwar Unterarten der Vertragsobligation erzeugen, aber von zu allgemeiner Natur sind, als daß sie zu „einzelnen Schuldverhältnissen“ in dem früher dargelegten Sinne³⁾ führten und die darum vor ihnen zur Erörterung zu stellen sind.

§ 16. Grenzen der schuldnerischen Vertragsfreiheit.

Literatur: NIPPERDEY, Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag (Jena 1920); HÖNINGER, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (Mannheim und Leipzig 1910); ROTH, Der Vorvertrag (Heft 37 der von GUHL herausgegebenen Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Bern 1928). Über die Literatur zur Unmöglichkeit der Leistung vgl. unten Vorbem. zu § 31 und über die Literatur zum verbotenen und zum unsittlichen Vertrag die Angaben im Allgemeinen Teile des Bürgerlichen Rechtes.

1. Das BGB. läßt den Parteien, obwohl es einen dem Art. 19 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts konformen Rechtssatz nicht aufgestellt hat⁴⁾, grundsätz-

¹⁾ Eine Leistungspflicht kann auch sowohl auf Rechtsgeschäft, wie unmittelbar auf Gesetz beruhen. So z. B. wenn sich jemand zu Diensten, die er schon kraft Familienrechtes zu leisten hat (§§ 1356 Abs. 2, 1617), besonders anstellen läßt.

²⁾ Darum sind die römisch-rechtlichen Kategorien der obligationes quasi ex contractu und quasi ex delicto ohne wissenschaftlichen Wert.

³⁾ Oben S. 9.

⁴⁾ Art. 19 Abs. 1 des Schweiz. OblR. lautet: „Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.“

lich freie Hand in der Eingehung von Schuldverträgen. Zwar hat es, wie schon mehrfach erwähnt wurde, unter der Überschrift „Einzelne Schuldverhältnisse“ die im täglichen Leben am häufigsten auftretenden Obligationen (Kauf, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag, Darlehn usw.) von sich aus, und zum Teile sogar in sehr detaillierter Weise geregelt. Aber ganz abgesehen davon, daß es sich hierbei in der Hauptsache um nachgiebige Rechtssätze handelt, ist es den Parteien unbenommen, Verträge abzuschließen, die keinen der vom Gesetz mit Sonderrechtssätzen ausgestatteten Typen entsprechen. Sie können auch Kombinationen von gesetzlichen Vertragstypen vornehmen (sogenannte gemischte Verträge)¹⁾. Nur gilt auch von der weitherzigen Vertragsfreiheit, die das moderne Recht gewährt, der Satz: *sunt certi denique fines*.

2. Solche Schranken betreffen einmal den Inhalt des Schuldvertrags. In ihn greift das Gesetz bisweilen aus Gründen des Gemeinwohls durch zwingende Rechtssätze ein. Davon wird bei denjenigen Schuldverhältnissen, wo es geschieht, zu reden sein. Von allgemeiner Natur aber sind folgende den Schuldverträgen gezogene Grenzen.

a) Eine Obligation darf nicht von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein, und wo sie es ist, kommt kein gültiger Schuldvertrag zustande, es müßte denn die im Moment der Geschäftserrichtung vorhandene Unmöglichkeit bis zur Fälligkeit der Leistung behoben sein (§§ 306, 308). Soweit Nichtigkeit vorliegt, hat derjenige Teil, dem die Unmöglichkeit der Leistung bei Vertragsschluß bekannt war oder bekannt sein mußte, dem Gegner das negative Geschäftsinteresse zu ersetzen (§ 307)²⁾. Doch gelten diese Rechtssätze nur für die sogenannte objektive Unmöglichkeit der Leistung, worunter die Doktrin die Fälle von Hindernissen zusammenfaßt, denen zufolge die Leistung nicht nur nicht vom Schuldner, sondern überhaupt von niemandem bewirkt werden kann. Ungeregelt sind im Gesetzbuch die Fälle geblieben, wo der Schuldner eine Leistung verspricht, die er zwar von Anbeginn nicht zu erbringen vermag, die andere als er erbringen könnten („Unvermögen des Schuldners zur Leistung“ der Vermieter ist zur Gebrauchsüberlassung außerstande, weil ihm der Mietgegenstand schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht gehörte oder gestohlen war. Solche anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung macht den Schuldvertrag nicht nichtig. Ob sie für den Gläubiger einen Schadensersatzanspruch erzeugt oder für den Schuldner einen Befreiungsgrund abgibt, hängt davon ab, ob den Schuldner an der Eingehung des für ihn nicht erfüllbaren Vertrags ein Verschulden trifft. Ein von jedem Verschulden des Gegners unabhängiger Ersatzanspruch ist dem Gläubiger nach richtiger, wenn auch sehr bestrittener Ansicht nur da zuzuerkennen, wo der Schuldner entweder garantiert hat für die Leistungsmöglichkeit im Zeitpunkt der

¹⁾ Unter den gemischten Verträgen heben sich drei verschiedene Formen voneinander ab. Einmal kann sich eine schuldnerische Leistung bereits als Ausfluß verschiedener Vertragstypen darstellen: ein und dieselbe Sache wird dem Gläubiger teils verkauft, teils geschenkt (sogen. gemischter Vertrag im engeren Sinne *negotium mixtum* oder der Schuldner verspricht mehrere, unter verschiedene Vertragstypen fallende Leistungen: die Schiffahrtsgesellschaft hat dem Passagier während der Seereise Transport, Quartier und Verpflegung zu gewähren (sogen. Kombinationsvertrag, in der Literatur auch Zwillingsvertrag genannt); und endlich können Leistung und Gegenleistung von der Art sein, daß jede einem anderen Vertragstypus angehört: der Portier verspricht die Bedienung des Hauses und erhält als Entgelt freie Wohnung (die eine Leistung gehört dem Arbeitsvertrag, die Gegenleistung dem Mietvertrag an; in der Literatur als doppeltypischer oder Zwittervertrag bezeichnet). Die gemischten Verträge haben der Theorie größere Schwierigkeiten als der Praxis bereitet. Weder wird man nach dem Absorptionsprinzip die Rechtssätze des einen Vertragstypus, noch nach dem Kumulationsprinzip die Rechtssätze sämtlicher in Frage stehender Vertragstypen anzuwenden haben, sondern es wird sich darum handeln, für jede einzelne auftauchende Rechtsfrage aus der Fülle der zur Verfügung stehenden Rechtssätze denjenigen auszuwählen, durch den die von den Parteien mit dem Gesamttypus verfolgten Zwecke ihre beste verkehrsmäßige Befriedigung finden, eine Tätigkeit, die letzten Endes auf eine sinngemäße Vertragsauslegung bzw. Vertragsergänzung hinausläuft.

²⁾ Über diesen Begriff oben S. 30.

Geschäftserrichtung oder wo ihm bei bestimmten Verträgen die Rechtsordnung von sich aus solche unbedingte Haftung durch Sonderrechtssatz auferlegt hat, wie das z. B. hinsichtlich der den Verkäufer treffenden Rechtsmängelhaftung geschehen ist. Auf die kritische Frage nach der Notwendigkeit oder Entbehrlichkeit der dem Gesetzbuch zugrunde liegenden Unterscheidung von anfänglicher objektiven und anfänglicher subjektiven Leistungsunmöglichkeit kann hier nicht eingegangen werden.

b) Die verbotene Leistung ist an sich noch keine unmögliche Leistung. Wo sich aber aus dem Inhalt des Verbotsgesetzes die Nichtigkeit des ihm zuwiderlaufenden Vertrags ergibt, erfahren der auf eine verbotene und der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag die gleiche rechtliche Behandlung (§§ 134, 309).

c) Daß eine unsittliche Leistung nicht Gegenstand eines wirksamen Schuldvertrags sein kann, ergibt sich schon aus § 138 (vgl. auch Art. 152 Abs. 2 Satz 2 der Reichsverfassung). In zwei Fällen hat das Gesetzbuch jeden Zweifel darüber, ob das Versprechen einen unsittlichen Charakter habe, durch eine positive Bestimmung beseitigt, indem es einmal in § 310 dem Vertrag die Gültigkeit abspricht, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten“, und indem es ferner in § 312 Abs. 1 den Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten oder über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus solchem Nachlaß für nichtig erklärt. Nur dann macht es aus Gründen des wirtschaftlichen Bedürfnisses, wie es namentlich im Falle der Auswanderung eintreten kann, eine Ausnahme von der Nichtigkeit der letzteren Verträge, wenn diese abgeschlossen werden „unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen“. Ein solcher Vertrag, der natürlich zu den Rechtsgeschäften unter Lebenden und nicht zu denen von Todes wegen gehört und der darum immer nur obligationsrechtliche und niemals erbrechtliche Wirkungen äußert, bedarf aber der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 312 Abs. 2).

3. Der letztere Punkt berührt bereits die andere der Vertragsfreiheit in einzelnen Fällen gezogene Schranke: es müssen nämlich bisweilen die Schuldversprechen, wenn sie gültig sein sollen, in bestimmter Form abgegeben sein. Hierher gehört außer der eben erwähnten Bestimmung die Vorschrift des § 311, daß ein Vertrag, „durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten“, wiederum gerichtlich oder notariell beurkundet sein muß. Und die gleiche Form verlangt § 313 Satz 1 für alle Geschäfte, durch die sich „der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen“. Man hat hier im Hinblick auf die volkswirtschaftliche Bedeutung des Grundbesitzes die Bindung an ein leicht hingeworfenes Wort (die sogenannten Bierbankgeschäfte) verhüten und dem unsoliden Grundstückshandel auf diese Weise das Wasser abgraben wollen. Ob dieser Zweck durch jene Vorschrift erreicht worden ist, erscheint freilich fraglich; die Meinungen über ihren Wert gehen in den beteiligten Kreisen stark auseinander¹⁾. Der Tendenz des § 313, der Übereilung vorzubeugen, entspricht es, daß wenn der Eigentümer einen formlosen und darum nichtigen Grundstücksveräußerungsvertrag freiwillig erfüllt und so die Ernstlichkeit seiner Veräußerungsabsicht genugsam dargetan hat, eine Konvaleszenz des bis dahin unwirksamen Vertrags eintritt. Das Gesetz hat letztere in Satz 2 des § 313 mit den Worten angeordnet: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.“

Neben diesen Bestimmungen, die für ganze Gruppen von Schuldverträgen eine besondere Form der Eingehung vorsehen, werden uns gesetzliche Formvor-

¹⁾ Vgl. die Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages (1902) Bd. 1 S. 3ff.; Bd. 2 S. 105ff., 389ff.; Bd. 3 S. 438ff.

schriften später noch bei einer Reihe einzelner Schuldverhältnisse begegnen. Darüber hinaus können die Parteien von sich aus die Gültigkeit jedweden Schuldversprechens von der Beobachtung einer Form, sei es der bloßen Schriftlichkeit, sei es der öffentlichen Beglaubigung oder Beurkundung abhängig machen. Eine von den Parteien häufig gewählte Formalisierung des Vertragsabschlusses ist das sogenannte Draufgeld (Handgeld, arrha). Bisweilen wird es schon während der Vorverhandlungen von einem Teile dem anderen gegeben als Zeichen des ernstlichen auf Vertragsabschluß gerichteten Willens. Für gewöhnlich aber dient es — und das Gesetzbuch hat in § 336 Abs. 1 eine dahingehende Vermutung aufgestellt — als Symbol des abgeschlossenen Vertrags. Mitunter hat es nach dem Willen der Parteien noch die weitergehende Bedeutung, daß der Geber des Draufgelds berechtigt sein soll, gegen Verzicht auf seine Rückgabe vom Vertrag zurückzutreten. Das Gesetzbuch spricht aber für den Regelfall der Draufgabe die Natur solchen Reugelds ab (§ 336 Abs. 2). Die Frage, ob sich der Empfänger die Draufgabe auf die ihm vom andern Teile aus dem Vertrag geschuldete Leistung anrechnen lassen müsse, ist vom Gesetz in den §§ 337, 338 durch eine Reihe dispositiver Rechtsätze geregelt, die indessen sehr häufig hinter abweichenden Verkehrssitten zurückstehen müssen.

4. Die stärkste der Vertragsfreiheit angelegte Fessel liegt da vor, wo die Rechtsordnung es nicht mehr der freien Entschließung der Parteien überläßt, ob sie überhaupt einen Schuldvertrag eingehen wollen, sondern dem einen Teile den Abschluß eines Schuldvertrags bestimmten Inhalts mit dem Gegner geradezu aufzwingt. Man spricht in diesen Fällen von Kontrahierungszwang.

a) Solcher Kontrahierungszwang kann einmal unmittelbar vom Gesetz ausgehen: so sind die Eisenbahnen schon seit langem durch die für sie geltenden Spezialnormen verpflichtet, jeden ihnen angetragenen reglementsmäßigen Transportvertrag abzuschließen, und es ist bekannt, daß der Krieg mit seiner gebundenen Wirtschaft und die revolutionäre Nachkriegszeit die Fälle solchen Kontrahierungszwanges stark vermehrt haben, und manche von ihnen sind bis jetzt noch nicht wieder aus dem Rechtsleben verschwunden.

b) Ein Kontrahierungszwang kann aber auch von den Parteien selbst geschaffen werden durch Eingehung eines sogenannten Vorvertrags, d. h. eines Vertrags, in dem sie sich wechselseitig die künftige Errichtung eines anderen Vertrags, eben des Hauptvertrags versprechen. Dann kann aus dem Vorvertrag jeder Teil auf Abschluß des Hauptvertrags klagen. Solche Vorverträge kommen namentlich als Vorbereitung künftiger Realkontrakte vor (Versprechen künftigen Darlehns, künftiger Leihe, künftigen Pfandes), sind aber auch als Vorbereitung von Konsensalkontrakten denkbar (Vereinbarung künftigen Kaufvertrags, künftigen Mietvertrags). Von Wichtigkeit ist die Frage, inwieweit da, wo der Hauptvertrag vom Gesetz an eine bestimmte Form gebunden ist, diese Formvorschrift auch für den Vorvertrag gilt. Man wird hier unterscheiden müssen, welchen Zwecken die Formvorschrift dient. Wo diese die Parteien vor Übereilung schützen, also ihre Interessen wahren will (wie beim Grundstückskauf, dem Bürgschaftversprechen), muß man das Formerfordernis, wenn man nicht seine Umgehung völlig freigeben will, auch auf den Vorvertrag ausdehnen. Wo hingegen das Hauptgeschäft aus Gründen der Verkehrssicherheit formbedürftig ist, liegt ein Anlaß zur Formalisierung auch des Vorvertrags nicht vor: niemand wird auf das Versprechen, einem anderen einen Wechsel auszustellen, die Formvorschriften vom Wechsel anwenden wollen.

c) Nicht zu den Vorverträgen gehören die sogenannten Normenverträge. In ihnen verpflichten sich die Parteien nicht zu einem späteren Vertragsschluß, sondern sie vereinbaren, daß wenn sie später unter sich oder mit dritten Personen Verträge eingehen, diese den von ihnen im voraus bestimmten Inhalt haben sollen. Mehrere Fabrikanten legen in einer Preiskonvention die Beträge fest, zu denen sie

ihre Produkte absetzen wollen. Der bekannteste, überdies von Sonderrechtssätzen beherrschte Normenvertrag ist der im Arbeitsrecht darzustellende Tarifvertrag. Auch an die Zwangssyndikate der Kohlen-, Kali- und Eisenwirtschaft sei hier erinnert.

§ 17. Abstrakte Schuldverträge.

Literatur: OTTO BÄHR, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (3. Aufl., Leipzig 1894); KLINGMÜLLER, Schuldversprechen und Schuldanerkennnis (Jena 1903); LOCHER, Artikel „Causa“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2; 1929); COHN, Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte im Arch. f. d. civilist. Praxis, Neue Folge, Bd. 15 S. 67ff.

1. Bei einer Vermögenszuwendung, mag sie sich als Verfügungs- oder als Verpflichtungsgeschäft darstellen, kommen auf seiten des Zuwendenden sehr verschiedene Zweckvorstellungen in Betracht. Die eine ist auf Vornahme des Zuwendungsaktes als solchen gerichtet; sie betrifft den unmittelbaren juristischen Zweck, den der Zuwendende im Moment der Geschäftserrichtung im Auge hat: er will Eigentum übertragen, ein Schuldversprechen abgeben usw. Dem entgegengesetzt sind die entfernteren wirtschaftlichen Zwecke, die der Zuwendende verfolgt und die in der Befriedigung von Bedürfnissen und Interessen, sei es eigenen, sei es fremden, bestehen: er will einem anderen aus einer Not helfen oder eine Freude machen oder auf dem Umweg der Zuwendung eine Vermögensverschiebung herbeiführen, deren er selbst zu seinem Unterhalt oder seiner Berufsausübung oder aus sonstigem Anlaß bedarf. Zwischen jenen beiden Gruppen von Zwecken liegt aber noch eine dritte in der Mitte. Jede Zuwendung soll nämlich außer der unmittelbaren noch eine mittelbare rechtliche Wirkung erzeugen und wurzelt darum noch in einem weiteren juristischen Beweggrund, der weder mit jenen außerhalb des Zuwendungsgeschäftes sich bewegenden Wünschen und Hoffnungen, noch mit dem erst gedachten Geschäftswillen identisch ist: der Zuwendende beabsichtigt, mit der Zuwendung eine ihm obliegende Rechtspflicht zu erfüllen oder ein Forderungsrecht zu erwerben oder eine Schenkung zu machen oder eine Sicherheit zu leisten oder einen anderen derartigen Rechtseffekt zu erzielen. Dabei ist einem Rechtseffekt derjenige faktische Erfolg gleich zu achten, der — wie beispielsweise die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes beim Gesellschaftsvertrag — von den Parteien zum Geschäftsinhalt erhoben worden ist. Jener mittelbare rechtliche Zweck, der jedem Zuwendenden vorschwebt, heißt mit seinem technischen Namen der Rechtsgrund oder die *causa* der Zuwendung (*causa solvendi, credendi, donandi, cavendi* usw.). Nach den Gesetzen der Jurisprudenz und der Psychologie muß jede Zuwendung von einem solchen Rechtsgrund, solcher *causa* entsprechenden Zweckvorstellung begleitet sein. Aber das Verhältnis der *causa* zur Zuwendung vermag ein sehr verschiedenes zu sein. Die Zuwendung kann nach ihrer verkehrsmäßigen Bestimmung entweder nur einer einzigen *causa* dienstbar sein oder sie kann von der Rechtsordnung mit der Fähigkeit ausgestattet sein, abwechselnd der einen oder der anderen *causa* zu dienen. Das erstere Verhältnis hat eine sehr enge, das zweite eine viel losere Abhängigkeit der Zuwendung von der *causa* zur Folge. Dort spricht darum die Doktrin von kausaler, hier von abstrakter Zuwendung. Der Gegensatz von kausaler und abstrakter Zuwendung bedeutet also nicht, daß nur die erstere eine *causa* habe. Denn es gibt, wie gesagt, keine Zuwendung, deren Vornahme nicht unter dem Zeichen einer bestimmten *causa* stünde. Der Gegensatz liegt auch nicht, wie oft gelehrt worden ist, darin, daß die kausale Zuwendung ihre *causa* erkennen lasse, während die abstrakte sie verschweige. Ein Schuldversprechen abstrakten Charakters verliert diesen nicht dadurch, daß es überflüssigerweise die *causa* nennt, um derentwillen es abgegeben worden ist. Sondern der Unterschied von kausaler und abstrakter Zuwendung besteht allein darin, daß erstere nach ihrer typischen Ausgestaltung immer nur mit einer bestimmten *causa*, mit dieser aber auch sehr eng verketten ist, während

letztere bald mit der einen, bald mit der anderen causa eine Verbindung eingeht, die aber dafür jedesmal eine viel lockerere ist. Wer in einem Kaufvertrag eine Leistung verspricht, tut es — juristisch betrachtet — nur, um das Forderungsrecht auf die Gegenleistung zu erwerben, also credendi causa, und sein Versprechen ist darum unlöslich mit dem Bestand des Kaufvertrags verbunden. Wer Eigentum überträgt, oder einen Wechsel ausstellt, tut es entweder, um eine Schuld zu tilgen oder um ein Darlehn zu gewähren oder um zu schenken oder um Kautions zu leisten, und bei der Vielheit der hier möglichen Zwecke erlangt die Zuwendung, falls die Parteien nicht das Gegenteil ausgemacht haben, Wirksamkeit, auch wenn der mit ihr verfolgte juristische Zweck nicht erreicht sein sollte. Es besteht also bei der abstrakten Zuwendung die Möglichkeit ihrer Wirksamkeit trotz Unwirksamkeit ihres Rechtsgrundes. Doch stempelt solchenfalls der Mangel der causa die Zuwendung zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Empfängers und kann darum im Wege der später zu besprechenden Bereicherungsklagen, bei Verpflichtungsgeschäften überdies im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Es ist somit auch die abstrakte Zuwendung von ihrer causa nicht unabhängig; aber sie ist von ihr in geringerem Maße abhängig, als die kausale.

2. Zuzufolge dieser relativen Selbständigkeit gegenüber der causa birgt die abstrakte Zuwendung gewisse Gefahren für den Zuwendenden in sich. Das gilt schon von den Verfügungsgeschäften. Es gilt vor allem aber von den uns hier allein interessierenden Verpflichtungsgeschäften: denn während beispielsweise der auf den Kaufpreis klagende Verkäufer das Zustandekommen des Kaufvertrags, also die Einigung über Ware und Preis, behaupten und beweisen, eventuell noch andere, die Geschäftsgültigkeit oder doch wenigstens die Forderungsreife bedingende Momente (wie etwa die eigene Vorleistung bzw. Leistungsbereitschaft) dardun muß, braucht der aus einem abstrakten Schuldversprechen vorgehende Gläubiger sich nur auf die Tatsache der Versprechensabgabe zu berufen und nur diese unter Beweis zu stellen, und kann es dem Schuldner überlassen, ob er seinerseits die causa aufdecken und daraus Einwendungen gegen den gläubigerischen Anspruch ableiten will. Diese Gefährlichkeit des abstrakten Schuldversprechens fällt da nicht schwer ins Gewicht, wo es im Gewand von Rechtsfiguren auftritt, die nach ihrer wirtschaftlichen Zweckbestimmung wie nach ihrer juristischen Ausgestaltung und nach dem Personenkreis, in dem sie ihre Hauptrolle spielen, gewisse Kautelen gegen unvorsichtige Benutzung durch unerfahrene Schuldner gewähren. So bei dem im Handelsrecht darzustellenden Wechsel, bei dem später zu erörternden Inhaberpapier und der alsbald zu behandelnden Anweisung. Hingegen ist es von jeher ein schwieriges gesetzgeberisches Problem gewesen, ob über solche Einzelfälle hinaus dem Schuldversprechen, das „selbständig“ (ohne daß also der Gläubiger mehr als die Versprechensabgabe zu behaupten und zu beweisen brauchte) eine Leistungspflicht begründen will, Wirksamkeit zuzuerkennen sei. Im Einklang mit den Anschauungen, die sich zuletzt im gemeinen Rechte als herrschend durchgesetzt hatten, hat das BGB. die Frage grundsätzlich bejaht, hat aber, soweit nicht (wie beim schenkungshalber erteilten Versprechen) zufolge der in Betracht kommenden causa die Beobachtung einer noch qualifizierteren Form vonnöten ist, in § 780 für die Gültigkeit schriftliche Versprechensabgabe (nicht auch schriftliche Versprechensannahme) verlangt. Dabei ist es einerlei, ob der Verpflichtungsakt des Schuldners sich selbst als Schuldversprechen, oder ob er sich als Schuldanerkennntnis bezeichnet (§ 781)¹⁾. Zwar kann das Schuldanerkennntnis

¹⁾ Beispiele für abstrakte Schuldversprechen bzw. Schuldanerkennntnisse: „Herrn Kaufmann Friedrich Schulze bin ich aus verschiedenen Kaufverträgen noch einen Restbetrag von 50000 Mark schuldig. Hierdurch verpflichte ich mich, Herrn Schulze den Betrag von Mark 50000 am 1. April 1932 nebst 5% Zinsen seit dem 1. Januar 1930 porto- und spesenfrei zu bezahlen. Leipzig, 8. April 1931. Arnold Müller.“ Oder: „Hiermit erkenne ich an,

möglicherweise einen bloßen Schuldschein, also eine bloße Beweisurkunde bedeuten, der gegenüber der Schuldner zur Führung des Gegenbeweises berechtigt ist, daß das darin bezeugte Schuldverhältnis nicht, oder nicht so wie bezeugt, bestehe. Da aber, wo nach dem Willen der Parteien das schriftliche Schuldanerkennnis sich als neuer und selbständiger Verpflichtungsgrund darstellt, kann sich trotz seiner scheinbaren Anlehnung an ein bereits bestehendes Schuldverhältnis der Schuldner von ihm nicht durch den Nachweis der Nichtexistenz oder der andersartigen Existenz dieses Schuldverhältnisses befreien. Vielmehr vermag er von der im abstrakten Schuldanerkennnis liegenden Zuwendung nur dadurch loszukommen, daß er die causa aufdeckt, um derentwillen er es abgegeben, und den Mangel dardat, an dem sie nach seiner Meinung leide.

Von dem Erfordernis der Schriftlichkeit hat das Gesetz (abgesehen von der Sondervorschrift für Kaufleute in § 350 HGB.) dispensiert bei denjenigen Schuldversprechen und Schuldanerkennnissen, die „auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs“ erteilt werden (§ 782). Daß in solchen Fällen ein mündlicher Verpflichtungsakt genügt, wird man rechtspolitisch gutheißen müssen. Nur darf man billigerweise zweifeln, ob da, wo ein Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis Bestandteil eines Vergleichs oder einer Abrechnung geworden ist, überhaupt noch eine abstrakte Zuwendung vorliegt. Denn der Gläubiger, der sein Forderungsrecht aus dem mündlichen Versprechen geltend macht, muß behaupten und gegebenenfalls beweisen, daß letzterem die causa des Vergleichs oder der Abrechnung zugrunde liege¹⁾.

Das Gesetzbuch hat die abstrakten Schuldverpflichtungen im besonderen Teile des Obligationenrechts, also im Rahmen der einzelnen Schuldverhältnisse geregelt. Aber da sie fähig und bestimmt sind, in den Dienst sehr verschiedener rechtlicher Zwecke zu treten, haben sie ihren systematischen Platz richtigerweise in den allgemeinen Lehren von der Entstehung der Forderungsrechte²⁾.

§ 18. Die Anweisung.

Literatur: LOEWENFELD, Die Anweisung in Gesetz und Verkehr (Heft 3 der von NUSSBAUM herausgegebenen Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens; Berlin 1922); CAPELLE, Artikel „Anweisung“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929); NIPPERDEY, Artikel „Anweisung“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 1, 1926).

1. Auch die Anweisung ist vom Gesetzbuch unter die besonderen Schuldverhältnisse gestellt, gehört aber wegen der Vielheit der rechtlichen Ziele, die mit ihr verfolgt werden können, in den allgemeinen Teil des Obligationenrechts³⁾. Unter Anweisung versteht das Gesetz eine vom Anweisenden ausgestellte, an den Angewiesenen adressierte, dem Anweisungsempfänger ausgehändigte Urkunde, in der der Assignant diese Personen zu einem Handeln ermächtigt, das in ihrem eigenen Namen, aber auf seine Rechnung erfolgen soll: nämlich den Assignaten ermächtigt, die in der Anweisung genannte, in Geld oder Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen bestehende Leistung an den Assignatar zu bewirken; den Assignatar, sich die den Inhalt der Anweisung bildenden Gegenstände leisten zu lassen (§ 783⁴⁾).

als Erbe meines Vaters Herrn Karl Funke noch 100000 Mark schuldig zu sein, und verspreche, diese Schuld vom 1. Januar nächsten Jahres an in vier Quartalsraten zu bezahlen. Berlin, am 23. Oktober 1932. Robert Fischer.“

¹⁾ Über den Vergleich siehe unten § 20.

²⁾ Vgl. oben S. 9.

³⁾ Wiederum oben S. 9.

⁴⁾ Die Urkunde braucht sich weder des Wortes „Anweisung“ noch des Wortes „Ermächtigung“ zu bedienen. Folgende Fassung würde beispielsweise für eine Anweisung ausreichen: „Herrn Fabrikbesitzer Karl Stern in Leipzig. Belieben Sie, an Herrn Rentner Woldemar Förster in Magdeburg hunderttausend Mark zu zahlen und mir in Rechnung zu stellen. Frankfurt a. Main, 23. 3. 32. Rudolf Lehmann.“ — Würde eine Anweisung mündlich, oder zwar schriftlich, aber über nicht vertretbare Gegenstände ausgestellt, so würden auf eine solche Willenserklärung die spezifischen Rechtssätze der §§ 783ff. keine Anwendung finden. Aber die in dem Rechts-

Da die Anweisung den Assignaten und den Assignatar zum Handeln im eigenen Namen ermächtigt, ist sie keine Vollmacht; da sie zum Handeln lediglich ermächtigt, erzeugt sie keine Handlungspflicht und demnach kein Auftragsverhältnis. Sondern soweit der Angewiesene zur Bewirkung oder der Anweisungsempfänger zur Erhebung der Leistung dem Anweisenden gegenüber verpflichtet sein sollte, würden solche Pflichten nicht der Ausfluß der einseitig vom Assignanten ausgestellten Anweisung, sondern die Folge anderweitig zwischen dem Anweisenden und den beiden anderen Beteiligten vorhandener Rechtsbeziehungen sein.

2. Die Gründe, warum der Assignant dem Assignatar eine solche Anweisung aushändigt, können mannigfacher Art sein. Er ist vielleicht Schuldner des Anweisungsempfängers und möchte die Schuld im Wege der auf seine, des Assignanten, Rechnung erfolgenden Leistung des Angewiesenen tilgen. Oder der Assignatar hat ihn um ein Darlehn oder um eine Schenkung gebeten und mangels Barmittel kommt der Assignant diesem Ansinnen dadurch nach, daß er auf seine Kosten die begehrte Summe durch den Dritten auszahlen läßt. Unabhängig davon, ob sich aus diesem Innenverhältnis von Assignanten und Assignatar, dem sogenannten *Valutaverhältnis*, eine Verpflichtung des Anweisungsempfängers zur Geltendmachung der Anweisung ergibt, ist er kraft Gesetzes gehalten, wenn er von der Anweisung keinen Gebrauch machen kann oder will oder sie vom Angewiesenen nicht honoriert wird, dem Anweisenden unverzüglich Anzeige zu erstatten (§ 789). Und weil die Aushändigung der Anweisung zunächst nur eine einseitige Ermächtigung des Anweisenden darstellt, kann letzterer sie in diesem Stadium durch Erklärung gegenüber dem Angewiesenen widerrufen, und zwar selbst dann, wenn er durch den Widerruf eine Verpflichtung verletzt sollte, die ihm nach dem *Valutaverhältnis* dem Assignatar gegenüber obläge (§ 790).

3. Die weitere Entwicklung der durch die Erteilung der Anweisung geschaffenen Rechtslage hängt von den Umständen ab. Normalerweise wird der Empfänger die Urkunde alsbald dem Angewiesenen vorlegen mit der Aufforderung, die darin genannte Leistung zu bewirken. Da die Anweisung, wie wir sahen, eine Verpflichtung zur Leistung für den Angewiesenen nicht begründet, wird dieser sich zur Leistungsbewirkung nur verstehen, wenn ein sie motivierendes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Anweisenden obwaltet oder durch die Leistung geschaffen werden soll. So hat vielleicht der Assignat früher einen Vertrag mit dem Assignanten geschlossen, in dem er sich verpflichtet hat, von letzterem ausgestellte Anweisungen einzulösen. Die Tatsache, daß der Angewiesene dem Anweisenden gleiche Gegenstände, wie sie den Inhalt der Anweisung bilden, schuldig ist, reicht allein nicht aus, um eine solche Verpflichtung des Angewiesenen zu erzeugen (§ 787 Abs. 2). Aber regelmäßig wird dieser sich durch sie zur Leistung veranlaßt fühlen, da die Zahlung auf Rechnung des Anweisenden geht und es dem Assignaten einerlei sein kann, ob er die Schuldsumme an seinen Gläubiger direkt oder für ihn an einen Dritten abführt. Denkbar ist auch, daß der Assignat sich ohne jede Deckung zu der angewiesenen Leistung versteht, weil er mittelst ihrer dem Anweisenden kreditieren oder eine Schenkung machen will. So kann sich aus dem Innenverhältnis von Anweisendem und Angewiesenem, dem sogenannten *Deckungsverhältnis*, eine sehr verschiedenfache causa für die Honorierung der Anweisung ergeben.

4. Möglich ist, daß die Anweisung nicht auf eine sofort zu bewirkende, sondern auf eine befristete Leistung lautet. Dann ist der Assignatar zur sofortigen Erhebung der Leistung nicht ermächtigt. Auf der anderen Seite hat er ein naheliegendes Interesse daran, schon jetzt zu erfahren, ob der Angewiesene zur späteren Bewir-

geschäft enthaltenen Ermächtigungen brauchten deswegen nicht unwirksam zu sein (§ 140) und es könnten auf sie die Rechtssätze von der Anweisung insoweit Anwendung finden, als sie nicht gerade auf die Urkundsform bzw. auf die Vertretbarkeit des Anweisungsgegenstandes abgestellt wären.

kung der Leistung willens sei. Darum kann er die Anweisung, die er dem Assignaten zur Zahlung noch nicht präsentieren könnte, einstweilen zur „Annahme“, d. h. zur Ergänzung der Urkunde mit einem schriftlichen Annahmevermerk vorlegen (§ 784 Abs. 2 Satz 1). Zu solcher Annahmeerklärung ist der Assignat aus der Anweisung so wenig wie zur späteren Leistungsbewirkung verpflichtet. Wo aber der Assignat für die letztere eine causa als gegeben ansieht, wird er sich aus dem gleichen Rechtsgrund auch zur Annahme der Anweisung verstehen. Nimmt er an, so bedeutet das ein selbständiges Schuldversprechen gegenüber dem Assignatar: dieser hat jetzt aus der Anweisung einen (nach § 786 einer dreijährigen Verjährung unterworfenen) Anspruch gegen den Assignaten erworben, so daß letzterer nunmehr zur Leistungsbewirkung nicht bloß dem Anweisenden gegenüber berechtigt, sondern gegen Herausgabe der Anweisung dem Anweisungsempfänger gegenüber verpflichtet ist (§ 784 Abs. 1 Halbsatz 1, § 785). Darum läßt auch das Gesetzbuch das vorhin erwähnte Widerrufsrecht des Assignanten nicht erst mit der Leistung des Assignaten, sondern schon mit dessen Annahmeerklärung erlöschen. Da aber das in der Annahme enthaltene Schuldversprechen, wenn schon eine Zuwendung des Assignaten an den Assignatar, so doch nicht die diesem vom Anweisenden in Aussicht gestellte Zuwendung ist, so kann dort, wo der Anweisung im Verhältnis von Assignant und Assignatar die causa solvendi zugrunde liegt, mit der Annahme die Schuld des Anweisenden nicht getilgt sein: non solvit, qui reum delegat; Anweisung ist noch keine Zahlung (§ 788).

Obwohl die Annahme ein Schuldversprechen des Assignaten gegenüber dem Assignatar bedeutet, liegt die causa dieses Versprechens ausschließlich in dem Deckungsverhältnis zum Assignanten. Aber es ist das Schuldversprechen völlig unabhängig von dieser causa, es ist vom Gesetzbuch in so starkem Maße als abstraktes Schuldversprechen geformt, daß dem Schuldner alle Einwendungen abgeschnitten sind, die in seinen oder gar in des Assignatars Kausalbeziehungen zum Assignanten wurzeln. Er kann vielmehr seinem Gläubiger „nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalt der Anweisung oder dem Inhalt der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen“ (§ 784 Abs. 1 Halbsatz 2). So vermag der Angewiesene, der seinen Annahmevermerk auf die Anweisung um deswillen gesetzt hat, weil er selbst dem Anweisenden aus einem Kaufvertrag noch einige hunderttausend Mark schuldig war, die Zahlung der angewiesenen Summe nicht mit der Begründung zu verweigern, daß er den Kauf gewandelt habe und infolgedessen mit der Kaufpreisschuld die der Annahmeerklärung zugrunde liegende causa solvendi hinfällig geworden sei. Noch weniger kann er dem Assignatar entgegenhalten, daß dieser die Anweisung vom Assignanten zwecks Begleichung einer dem letzteren obliegenden Kaufpreisschuld erhalten habe und daß dieser Kaufvertrag durch Wandlung des Käufers sein Ende gefunden habe. Hingegen könnte er sich allerdings gegenüber dem seine Forderung aus der Annahme geltend machenden Assignatar darauf berufen, daß er bei Abgabe der Annahmeerklärung nicht geschäftsfähig oder in einem Geschäftsirrtum befangen gewesen sei oder daß Anweisung oder Annahme durch eine noch schwebende Suspensivbedingung beschränkt seien oder daß der Anweisungsempfänger ihm Stundung gewährt habe oder daß zwischen ihnen eine kompensable Gegenforderung bestehe.

5. Der Anweisungsempfänger kann sowohl vor wie nach der Annahme der Anweisung durch den Assignaten seine Rechte aus der Anweisung mangels gegenteiliger Bestimmung des Assignanten auf dritte Personen übertragen nach Maßgabe des § 792 und der später zu besprechenden zessionsrechtlichen Grundsätze¹⁾.

¹⁾ Über die indossable kaufmännische Anweisung vgl. das Handelsrecht.

6. Ihre eigentliche juristische und wirtschaftliche Aufgabe erfüllt die Anweisung in dem Moment, in dem der Assignat die angewiesene Leistung bewirkt. Denn alsdann ist die Leistung des Assignaten an den Assignatar gleichzeitig eine solche des Assignanten an den Assignanten und des Assignanten an den Assignatar, so daß hier unter Umständen, nämlich dann, wenn auf allen Seiten die *causa solvendi* vorliegt, *uno actu* ein dreifacher Solutionseffekt eintritt (§§ 784 Abs. 1, 787 Abs. 1, 788) oder bei anders geartetem Innenverhältnis der Parteien sich möglicherweise gleichzeitig eine Erfüllung, eine Kreditgewährung und eine Schenkung vollzieht. Jedenfalls macht die Anweisung in hohem Maße die Auswechslung von Barmitteln überflüssig. Sie wäre darum in ihrem hier dargestellten Grundtypus ein wichtiges Instrument zur Hebung des bargeldlosen Verkehrs, wenn diese Funktion nicht, wie schon früher einmal erwähnt, in technisch vollkommenerer Weise durch die qualifizierten Anweisungsformen des Wechsels und des Schecks versehen würde. Hingegen spielt in der Gestalt des Kreditbriefs unsere Anweisung eine große Rolle da, wo Barmittel zwar nicht zu entbehren sind, aber die Gefahr ihres Transportes vermieden werden soll: der Berliner Bankier weist seinen Geschäftsfreund in Rom an, seinem dort reisenden Kunden die von ihm benötigten Summen auszuzahlen. Verschieden von dem Kreditbrief ist das im Handelsrecht darzustellende, anweisungsähnliche Akkreditiv.

§ 19. Der gegenseitige Vertrag.

Literatur: KRAHMER, *Gegenseitige Verträge* (Halle 1904); OERTMANN, *Entgeltliche Geschäfte* (München 1912); vgl. auch die oben zu § 13 angeführte Schrift von REUTER.

1. Es gibt Schuldverträge, die auf der einen Seite nur Berechtigungen, also auf der anderen Seite nur Verpflichtungen entstehen lassen. So z. B. das Darlehn. Man nennt sie mit einer nicht gerade sehr glücklichen Terminologie „einseitige Schuldverträge“ (*contractus unilaterales*). Es gibt sodann Schuldverträge, die möglicherweise auf jeder Seite Rechte und Pflichten erzeugen: so erwirbt beim Auftrag der Auftraggeber notwendigerweise gegen den Beauftragten den Anspruch auf Ausführung des Auftrags; der Beauftragte gegen den Auftraggeber möglicherweise den Anspruch auf Ersatz von Auslagen (*actio mandati directa und contraria*). Man spricht hier von zufällig oder unvollkommen zweiseitigen Verträgen (*contractus bilaterales inaequales*). Außer dem schon erwähnten Mandat gehört beispielsweise noch der Leihvertrag, der Verwahrungsvertrag, der Pfandvertrag hierher. Und es gibt endlich Schuldverträge, die ihrer Natur nach notwendigerweise auf beiden Seiten Rechte und Pflichten begründen, und zwar Rechte und Pflichten, die einander bedingen, wo also die eine Pflicht um der gegnerischen willen übernommen wird, wo jeder Teil sich zum Schuldner macht, um gleichzeitig Gläubiger zu werden (*causa credendi*). Man verwendet für diese Schuldverträge den Kunstausdruck „vollkommen zweiseitige“ oder „gegenseitige“ Verträge (*contractus bilaterales aequales*) oder bezeichnet sie, indem man für das finale Reziprozitätsverhältnis, in dem hier Leistung und Gegenleistung stehen, das der griechischen Sprache entlehnte Fremdwort „Synallagma“ gebraucht, als *synallagmatische* Verträge. Ihre wichtigsten Repräsentanten sind Kauf, Tausch, Miete, Dienstvertrag, Werkvertrag.

2. Zuzufolge des Synallagma stehen beim gegenseitigen Vertrag die beiderseitigen Forderungen bzw. Leistungspflichten in einem starken juristischen Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Doch können über das Maß der zu statuierenden Abhängigkeit die Meinungen der einzelnen Rechtsordnungen auseinander gehen. Nach unserem Rechte verlangt das Synallagma zur Erfüllung seines Begriffs nur Leistung und Gegenleistung, aber es verlangt keine Proportionalität zwischen beiden: die Gültigkeit des gegenseitigen Kontrakts ist, soweit nicht wucherische Gesichtspunkte eingreifen, auch mit einem außerordentlichen Wertunterschied der wechselse-

seitigen Zuwendungen vereinbar¹⁾. Im übrigen ergreift das Synallagma einmal die Entstehung des gegenseitigen Vertrags („genetisches Synallagma“) ies können die Leistungspflichten entweder nur für beide Teile oder für keinen Teil ins Leben treten, m. a. W. es gibt keine *negotia claudicantia* mehr, wie im römischen Rechte. Wird insbesondere wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit für eine Partei eine Leistungspflicht nicht begründet, erwächst sie auch nicht für die andere Partei. Das Synallagma beeinflußt ferner aber auch die Funktionen des wirksam entstandenen Schuldverhältnisses („funktionelles Synallagma“): die Schicksale, die das eine Forderungsrecht etwa durch Verzug oder Unmöglichwerden der Leistung erleidet, ziehen in weitem Umfang auch die gegnerische Forderung in Mitleidenschaft. Davon wird später in der Lehre von den nachträglichen Veränderungen des Obligationinhaltes die Rede sein²⁾. Hingegen ist schon an dieser Stelle die bedeutsame Wirkung zu erörtern, die das Gesetzbuch das Synallagma auf die Fälligkeit der beiderseitigen Leistungspflichten ausüben läßt. Es haben nämlich beide Teile ihre Verbindlichkeit grundsätzlich „Zug um Zug“, also gleichzeitig zu erfüllen. Infolgedessen darf der Kontrahent, dem, ehe er die ihm gebührende Leistung empfangen hat, die Gegenleistung abgefordert wird, solchem Begehren die Einrede des noch nicht erfüllten Vertrags (*exceptio non adimpleti contractus*) entgegensetzen (§ 320 Abs. 1 Satz 1).

3. Diese Einrede des nicht erfüllten Vertrags besagt: „ich leiste noch nicht, weil du noch nicht geleistet hast“; oder „ich leiste erst, wenn du auch leistest“. Diese Einrede ist eine qualifizierte Form des Zurückbehaltungsrechtes, und zwar besteht die Qualifikation darin, daß die *exceptio non adimpleti contractus* nicht nur, wie es das Zurückbehaltungsrecht tut, den Schuldner gegen vorzeitige, d. h. dem Empfang der Gegenleistung vorausgehende Leistungsbewirkung sichern will, sondern daß sie ihm zur Gegenleistung verhelfen, ihm also ein Pressionsmittel gegenüber dem andern Teile in die Hand geben will. Diese Verschiedenheit der Zweckbestimmung kommt praktisch darin zum Ausdruck, daß der Gegner zwar das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners, nicht aber dessen Einrede des nicht erfüllten Vertrags durch anderweitige Sicherheitsleistung abwenden kann (§ 320 Abs. 1 Satz 3). Wie das Zurückbehaltungsrecht, wird auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nie von Amts wegen, sondern immer nur berücksichtigt, wenn sich der Beklagte auf sie beruft, und wie jenes führt auch sie bei erfolgreicher Geltendmachung niemals zur Klageabweisung, sondern nur zu einer eingeschränkten Verurteilung, nämlich zur Verurteilung auf Leistung Zug um Zug (§ 322). Trotz des echten Einredecharakters des Verteidigungsmittels ist die Beweislast bei der *exceptio non adimpleti contractus* dahin zu regeln, daß nicht der Beklagte das Ausstehen, sondern der Kläger die Bewirkung der Gegenleistung bzw. die Bereitschaft zu ihrer Bewirkung zu beweisen hat.

4. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags greift nicht nur da Platz, wo der seinerseits Leistung heischende Gläubiger von der Gegenleistung noch nichts erbracht hat, sondern auch da, wo er von der Gegenleistung zwar etwas, aber nicht alles bewirkt hat, mag nun die Unvollständigkeit eine quantitative oder qualitative sein (der Verkäufer hat von den geschuldeten 1000 Zentner Kartoffeln nur 900 geliefert; oder der Architekt hat in dem von ihm zu erbauenden Hause einzelne Innenräume in einer anderen, als der verabredeten Stilart ausgeführt). Man spricht hier von einer *exceptio non rite adimpleti contractus*. Auch sie berechtigt grund-

¹⁾ Darum läßt sich die seinerzeit viel ventilirte Frage, ob, wenn sich infolge eingetretener Geldentwertung das von den Parteien im Vertrag hergestellte Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich verschoben hat, deswegen die Auflösung oder Abänderung des Vertrags verlangt werden kann, nicht, wie es vielfach versucht worden ist, aus dem Begriff des Synallagma beantworten, sondern ist von anderer Seite her, nämlich von seiten der Vertragsauslegung in Angriff zu nehmen. Vgl. auch unten § 21 Anm. 3 und § 28 am Anfang (S. 70).

²⁾ Vgl. unten § 30 unter 2 b (S. 77) und § 31 unter 2 (S. 79f.).

sätzlich den Schuldner zur Einbehaltung der ganzen Leistung und tut es nur da nicht, wo solches Vorgehen nach Lage der Umstände, insbesondere „wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles“ gegen Treu und Glauben verstoßen würde (§ 320 Abs. 2). Und auch bei ihr trägt der Kläger die Beweislast für die Vollständigkeit seiner Leistung, soweit ihm diese Last nicht dadurch abgenommen ist, daß der Beklagte die unvollständige Leistung im Sinne des § 363 „als Erfüllung angenommen hat“¹⁾.

5. Die Regel des § 320, daß die Verpflichtungen aus gegenseitigen Verträgen Zug um Zug zu erfüllen sind, läßt sich nicht ausnahmslos durchführen. Wir werden später sehen, daß bei einzelnen synallagmatischen Schuldverhältnissen die Natur des Leistungsgegenstandes den Gesetzgeber gezwungen hat, die eine Partei vorleistungspflichtig zu machen. Dann entfällt natürlich insoweit jede Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Das gleiche gilt da, wo die Parteien kraft ihrer Vertragsfreiheit dem einen Teile eine Vorleistungspflicht auferlegt haben. Aber solche Vorleistungspflicht wird jemand nur dann im Vertragsschluß auf sich nehmen, wenn die Vermögensverhältnisse des Gegners so geordnete sind, daß mit ihr ein Risiko offenbar nicht verbunden ist. Darum gibt das Gesetzbuch der Partei, die sich freiwillig vorleistungspflichtig gemacht hat, das Recht, trotz dieser Verpflichtung die ihr obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückzuhalten, „wenn nach dem Abschluß des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird“. Dieses, einer Art gesetzlicher *clausula rebus sic stantibus* entspringende Leistungsverweigerungsrecht hat aber bloßen Sicherungszweck und verfolgt nicht auch den der Einrede des nicht erfüllten Vertrags innewohnenden Pressionszweck. Es kann darum durch Sicherheitsleistung abgewendet werden (§ 321).

§ 20. Der Vergleich.

Literatur: HEDEMANN, Der Vergleichsirtum (Jena 1903); SCHNORR V. CAROLSFELD, Beiträge zur Lehre vom Vergleich (Heft 42 der von FRANZ LEONHARD herausgegebenen Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechtes; Breslau 1929).

1. Das Gesetzbuch definiert in § 779 den Vergleich als einen Vertrag, „durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird“, wobei es hinzufügt (was im gemeinen Rechte bestritten war): „Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist“. Danach sind also Anwendungsfälle des Vergleichs: wenn die Parteien über den Bestand oder den Inhalt eines sie betreffenden Rechtsverhältnisses verschiedener Meinung sind, oder wenn ohne solchen Meinungsstreit sich eine Unbestimmtheit des Rechtsverhältnisses aus einer noch schwebenden Bedingung oder einem dies *incertus quando* ergibt, oder wenn das Schicksal des Schuldverhältnisses infolge fragwürdiger Solvenz des Schuldners zweifelhaft ist. Und nirgends ist hier für den Vergleich eine objektive Ungewißheit vonnöten: es reicht aus, daß die Parteien an eine Ungewißheit im Sinne des § 779 glauben, mag auch die wahre Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses durch vorhandene Beweismittel feststellbar oder die nach Meinung der Parteien noch schwebende Bedingung in Wirklichkeit schon eingetreten oder die scheinbar gefährdete Vermögenslage des Schuldners tatsächlich eine gesunde sein.

2. Die subjektive Ungewißheit über das Rechtsverhältnis soll im Vergleich beseitigt werden durch „gegenseitiges Nachgeben“, d. h. durch wechselseitige Leistungsversprechen, die als vergleichsweise Zuwendungen an die Stelle des wegen seiner Unbestimmtheit von den Parteien verlassenen Rechtsverhältnisses treten.

¹⁾ Darüber unten § 23 unter 3 (S. 61).

Es verpflichtet sich etwa der Schuldner zur Bezahlung der bisher bestrittenen Kapitalsschuld, aber in geringerer Höhe und zu einem späteren Zeitpunkt, als der Gläubiger anfänglich verlangt hatte, und gegen das weitere Zugeständnis des letzteren, daß er auf den geltend gemachten Zinsanspruch verzichte. Oder der Verkäufer, der bisher jede Lieferungspflicht leugnete, erklärt sich zur Leistung einer anderen als der vom Käufer geforderten Ware bereit, falls dieser seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch fallen lasse. Immer aber ist zu beachten, daß der Vergleich nur ein Verpflichtungs- und kein Verfügungsgeschäft ist. Der Vergleich selbst bewirkt also keinen Übergang und keinen Untergang von Rechten, sondern begründet nur einen Anspruch der Parteien auf Vornahme solcher Akte. Wo freilich weder der Vergleich noch das in ihm versprochene Verfügungsgeschäft einer besonderen Form bedürfen, können beide ihren Ausdruck in einer Willenserklärung finden. So bringt der auf einen Forderungserlaß lautende Vergleich den erlassenen Anspruch bereits zum Erlöschen, in dem Sinne wie der Verkauf einer Forderung regelmäßig bereits die Übertragung der Forderung enthält. Der begrifflichen Selbständigkeit von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft geschieht durch diese äußerliche Zusammenfassung in einer Willenserklärung kein Abbruch. Dabei mag übrigens bemerkt sein, daß der Vergleich nur insoweit formlos gültig ist, als die Besonderheit seines Inhalts nicht die Beobachtung einer bestimmten Form bedingt: der Vergleich, in dem sich jemand zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtete, würde beispielsweise der Formvorschrift des § 313 BGB. unterstehen¹⁾.

3. Der Vergleich ist ein gegenseitiger Vertrag. Denn zufolge des beiderseitigen Nachgebens, das er verlangt, legt er beiden Parteien Leistungspflichten auf, und zwar Leistungspflichten, die sich wechselseitig bedingen. Von den anderen gegenseitigen Verträgen unterscheidet sich der Vergleich dadurch, daß er nicht, wie es beim Kauf, der Miete, dem Dienst- und Werkvertrag der Fall ist, seinem wirtschaftlichen Zwecke nach nur einem Typus des Leistungsaustausches dient, sondern daß in ihm die verschiedensten Arten von Leistungen versprochen werden können. Nimmt man hinzu, daß er ein Gebilde des Obligationenrechts ist, das der Bereinigung jedweden Rechtsverhältnisses dient, so sprechen ebensoviel Gründe dafür, ihn, wie es hier geschehen ist, in die allgemeinen Lehren des Schuldrechts einzureihen, als das Gesetz gehabt hat, ihn dessen besonderem Teile zu unterstellen²⁾. Charakteristisch für die wirtschaftliche Natur des Vergleichs ist ein gewisses ihm innewohnendes spekulatives Moment, indem jede Partei das Maß ihres Nachgebens naturgemäß danach abstuft, wie hoch sie die Vorteile und Nachteile einzuschätzen hat, die sich für sie ergäben, falls sie, statt sich zu vergleichen, abwarten würde, bis sich die Ungewißheit des Rechtsverhältnisses in Gewißheit verwandelt hätte. Darum kann der Teil, dessen Berechnung sich hinterher als unzutreffend erweist, aus der fehlgegangenen Spekulation keinen Einwand gegen den Fortbestand des Vergleichs ableiten. Der Gläubiger, der seine Forderung für unbeweisbar hielt und sie deswegen im Vergleich erheblich reduzierte, findet etwa eine Woche nach dessen Abschluß eine ihre Existenz zweifelsfrei dartuende Urkunde; oder entgegen den Erwartungen eines Schuldners, der von einer suspensiv bedingten Schuld drei Viertel des Betrags zu leisten sich bedingungslos verpflichtet hat, fällt die Bedingung aus; oder die Vermögensverhältnisse des Schuldners, deren Verdächtigkeit wegen der Gläubiger in einen teilweisen Forderungserlaß gegen sofortige Restbefriedigung willigt, nehmen hinterher einen steten Aufstieg.

Anders hingegen liegen die Dinge, wenn die falschen Vorstellungen der Parteien sich nicht auf die die Ungewißheit des Rechtsverhältnisses ausmachenden

¹⁾ Daß umgekehrt auch ein vom Gesetz formalisiertes Rechtsgeschäft seine Formbedürftigkeit dadurch verlieren kann, daß es Bestandteil eines Vergleichs wird, haben wir oben S. 47 gesehen.

²⁾ Hierzu oben S. 9.

Faktoren, sondern auf den Sachverhalt beziehen, den die Parteien übereinstimmend ihrem Vergleich „als feststehend zugrunde gelegt haben“. Ein Erbe und ein Vermächtnisnehmer beseitigen den Streit, der infolge unklarer Fassung des Testaments zwischen ihnen über den Inhalt des Vermächtnisanspruches entstanden ist, dadurch, daß der Gläubiger sich mit einer geringeren als der zuerst verlangten Summe, der Schuldner sich mit einem früheren als dem anfänglich eingeräumten Auszahlungstermin zufrieden erklärt. Nachträglich stellt sich heraus, daß das Testament gefälscht oder durch Widerruf aufgehoben, ein Vermächtnisanspruch also überhaupt nicht entstanden ist. Dann ist nach § 779 wegen fehlender Vergleichsbasis der Vergleich unwirksam, vorausgesetzt, daß „der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde“. Aber nur der Vergleich selbst ist nichtig. Die zu seiner Erfüllung vorgenommenen Verfügungsgeschäfte (der Partialerlaß, die Eigentumsübertragungen usw.) bleiben so lange in Kraft, bis sie wegen ihrer fehlenden causa als ungerechtfertigte Bereicherung kondiziert werden¹⁾.

4. Qualifizierte Anwendungsfälle des Vergleichs sind der Prozeßvergleich und der Zwangsvergleich. Ersterer dient der Beendigung von Prozessen; letzterer der Beendigung oder der Verhütung von Konkursen. Von ihnen ist im Prozeß- bzw. im Konkursrecht zu handeln²⁾.

§ 21. Der Rücktritt vom Vertrag.

1. In nicht seltenen Fällen räumen die Kontrahenten bei oder nach Vertragschluß der einen Partei, eventuell auch beiden Parteien ausdrücklich oder stillschweigend (§§ 360, 361) das Recht ein, vom Vertrag wieder abzugehen³⁾. Macht dann die betreffende Partei von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch, so ist damit das Schuldverhältnis erloschen. Insoweit gehört der Rücktritt vom Vertrag seiner systematischen Stellung nach in die Lehre vom Untergang der Obligation. Uns interessiert aber hier nicht das Schuldverhältnis, dem der Rücktritt ein Ende setzt. Sondern dem Rücktritt wohnt neben der rechtszerstörenden auch eine rechtsbegründende Kraft inne, indem infolge des Rücktritts zwischen den Parteien möglicherweise ein neues Schuldverhältnis zur Entstehung kommt, gerichtet auf Rückgewähr der vor Auflösung des Vertrags bereits bewirkten Leistungen. Denn der Rücktritt hebt von den Rechtsverhältnissen, die die Parteien ins Leben gerufen haben, nur die obligationsrechtlichen Beziehungen, nicht auch die in deren Verfolg vorgenommenen Verfügungsgeschäfte, insbesondere nicht die zum Zwecke der Vertragserfüllung geschehenen Eigentumsübertragungen auf. Diese bleiben trotz des Rücktritts bei Bestand, stellen sich aber, nachdem infolge des Rücktritts ihre causa weggefallen ist, als eine ungerechtfertigte und darum wieder herauszugebende Bereicherung des Empfängers dar. Nur will das Gesetzbuch für diese Herausgabepflichten nicht die bloßen Bereicherungsgrundsätze, wie sie mangels Sondervorschriften eingriffen (*condictio ob causam finitam*)⁴⁾, maßgebend sein lassen, sondern ruft hier, wie gesagt, ein eigenartiges auf Wiedereinsetzung in den früheren Stand gerichtetes Schuldverhältnis ins Leben, dessen Regelung in Kürze kennenzulernen um so notwendiger ist, als die in Betracht kommenden Rechtsätze nach § 327 Satz 1 auch da gelten, wo das Gesetz von sich aus einer Partei ein

¹⁾ Siehe oben S. 46 und unten § 51.

²⁾ Besonders hingewiesen sei auf das neuzeitliche Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (*Vergleichsordnung*) vom 5. 7. 1927 mit umfangreichem Schrifttum, aus dem der Kommentar von KIESOW (3. Aufl., Mannheim 1930) hervorgehoben sein soll.

³⁾ Da es sich an dieser Stelle nur um die Rechtsfolgen des befugtermaßen ausgeübten Rücktrittsrechtes, und nicht um die Frage handelt, wann ein Rücktrittsrecht gegeben ist, kann hier auch nicht der Lehre von der Rücktrittsrecht gewöhnlich begründenden *clausula rebus sic stantibus* nachgegangen werden. Sie steht im Zusammenhang mit der Lehre von der Geschäftsgrundlage und hat darum ihren Platz im Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechtes.

⁴⁾ Siehe unten § 51 unter 2c (S. 150).

Rücktrittsrecht verleiht, was es, wie wir später sehen werden, in einer Anzahl von praktisch sehr bedeutsamen Fällen tut.

2. „Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Gegner“, und „sind auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden“, so daß, wenn einer der Berechtigten es verliert, es auch für die übrigen erlischt (§§ 349, 356). Die von früheren Rechtsordnungen verschieden beantwortete Frage, ob der Rücktritt dadurch ausgeschlossen wird, daß der Berechtigte zur Rückgewähr des empfangenen Gegenstands nicht mehr in der Lage ist, wird vom Gesetz dahin geregelt, daß Untergang und Verschlechterung dieses Gegenstands das Rücktrittsrecht nur im Falle des Verschuldens des Berechtigten erlöschen lassen; daß Verarbeitung und Umbildung der empfangenen Sache diese Wirkung auch bei Mangel jeglichen Verschuldens haben und daß Weiterveräußerung und Belastung des empfangenen Gegenstands zum Verlust des Rücktrittsrechtes erst dann führen, wenn es beim Dritterwerber zur Umbildung oder schuldhafterweise zum Untergang bzw. zur Verschlechterung des Erlangten kommt (§§ 350—353). An eine Präklusivfrist ist die Ausübung des Rücktrittsrechtes dann gebunden, wenn die Parteien es vereinbart haben. Ohne solche Abrede kann der Berechtigte mit der Geltendmachung seiner Befugnis an und für sich beliebig lange zögern. Dem sich daraus für den anderen Teil ergebenden lästigen Schwebezustand sucht das Gesetzbuch dadurch abzuwenden, daß es dem Rücktrittsgegner gestattet, dem Berechtigten zur Ausübung seines Rechtes eine angemessene Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf das Rücktrittsrecht erlischt (§ 355).

3. Ist der Rücktritt wirksam erklärt, so entsteht gegebenenfalls infolge der auf jeder Partei nach § 346 Satz 1 ruhenden Verpflichtung, die empfangene Leistung zurückzugewähren, ein gegenseitiges Schuldverhältnis, auf das der früher besprochene Grundsatz von der Zug-um-Zug-Leistung und die damit zusammenhängende *exceptio non adimpleti contractus* sinngemäße Anwendung finden (§ 348). Natürlich versagt diese Einrede da, wo der Rücktrittsberechtigte die sonst zurückzugewährende Leistung infolge ihres zufälligen Untergangs nicht herausgeben kann. Denn wenn, wie wir sahen, das Gesetz in solchem Falle trotz Unmöglichkeit der Restitution den Rücktritt für zulässig erklärt, so bedeutet das, daß hier der Rücktrittsberechtigte die seinerzeit hingeebene Leistung ohne jede Gegenleistung zurückfordern darf, während umgekehrt der Vertragsgegner, wenn er das Empfangene nicht zurückgeben kann, seinen Anspruch auf Rückgewähr dessen, was der Berechtigte erhalten hat, nicht durchzusetzen vermag. Die scheinbare Ungerechtigkeit, die mancher vielleicht darin finden möchte, daß hier die Parteien eines und desselben Schuldverhältnisses mit ungleichem Maße gemessen werden, erklärt sich aus der bevorzugten Stellung, die derjenige überhaupt einnimmt, dem kraft Vertrags ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird.

Sind die auf Grund des Vertrags bewirkten Leistungen von der Art, daß sie begrifflich jeder Rückgewähr spotten (man denke an geleistete Dienste oder an die überlassene Benutzung einer Sache), so ist ihr Wert zu vergüten bzw. die von den Parteien im voraus als Äquivalent stipulierte Geldsumme zu entrichten (§ 346 Satz 2).

Ist eine Partei durch ihr Verschulden außerstande, nach erfolgtem Rücktritt ihrer Restitutionspflicht nachzukommen, so greifen die (später zu erörternden) allgemeinen Grundsätze von der Haftung wegen Nichterfüllung ein. Der ganzen Tendenz des Gesetzes, im Rücktrittsfall den *status quo ante* herzustellen, entspricht es, daß es über den Umfang der Haftung nicht den Moment des Rücktritts, sondern den des einstigen Leistungsempfanges entscheiden läßt und infolgedessen auf den von den Parteien vorzunehmenden Ausgleich die Vorschriften angewendet wissen will, „welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten“ (§ 347 Satz 1

und 2). Im Einklang damit steht die Vorschrift, daß eine zurückzugewährende Geldsumme von der Zeit des Empfangs an zu verzinsen ist (§ 347 Satz 3). Ist es der Rücktrittsberechtigte selbst, der mit der Rückgewähr des Empfangenen in Verzug gerät, so gibt das Gesetzbuch dem anderen Teile neben den sonstigen Befugnissen, die er als Gläubiger gegenüber dem säumigen Schuldner hat, einen weiteren Rechtsbehelf an die Hand, indem er dem Gegner zur Rückerstattung eine angemessene Frist mit der Wirkung setzen kann, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist der bereits erklärte Rücktritt hinfällig wird und es infolgedessen bei dem ursprünglichen Vertrag sein Bewenden hat (§ 354).

§ 22. Verträge zugunsten Dritter.

Literatur: HELLWIG, Die Verträge auf Leistung an Dritte (Leipzig 1899); SIBER, Artikel „Verträge zugunsten Dritter“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929).

1. Im Gegensatz zum römischen Rechte, das sich grundsätzlich auf den Standpunkt stellte: „neque stipulari, neque emere vendere contrahere possumus, ut alter suo nomine recte agat“, erklärte die, an deutschrechtliche Gebilde anknüpfende, herrschende Ansicht des gemeinen Rechtes es für möglich, daß zwei Parteien ein Schuldverhältnis begründen, aus dem ein am Vertragsschluß unbeteiligter Dritter einen Leistungsanspruch gegen den Schuldner erwirbt. Man spricht hier von Verträgen zugunsten dritter Personen. Das BGB. hat ihre Zulässigkeit ausdrücklich anerkannt (§ 328 Abs. 1). Sie können sowohl als abstrakte wie als kausale Versprechen vorkommen, wobei übrigens die im Verhältnis von Schuldner und Vertragsgegner obwaltende causa (Deckungsverhältnis) nicht mit dem außerhalb des uns hier interessierenden Schuldvertrags liegenden Rechtsgrund verwechselt werden darf, der den Forderungserwerb des Dritten im Verhältnis von Drittem und Vertragsgläubiger legitimiert (Valutaverhältnis) und der, mag er nun als causa credendi, solvendi oder donandi auftreten, bewirkt, daß die Leistung des Schuldners an den Dritten im Verhältnis zwischen diesem und dem Promissar regelmäßig als Leistung des letzteren/erscheint¹⁾. Da die Besonderheit der Verträge zugunsten dritter Personen darin liegt, daß durch das dem Gläubiger (A) gegenüber abgegebene Leistungsversprechen unmittelbar ein Dritter (X) ein Forderungsrecht gegen den Schuldner (B) erlangt, so haben mit jener Rechtsfigur nichts zu tun die Fälle, wo A den Vertragsschluß mit B als Stellvertreter des X in dessen Namen herbeiführt; denn hier fehlt dem A jegliche Parteienrolle, während umgekehrt X zu seiner Gläubigerstellung gerade als Vertragspartei und nicht als Vertragsfremder gelangt. Es gehören ferner nicht hierher die Fälle, wo X dem B gegenüber als Zessionar des A forderungsberechtigt wird; denn hier schreibt sich sein Leistungsanspruch nicht aus dem Vertrag A B, sondern aus dem Verfügungsgeschäft A X her und X wird erst in dem Augenblick Gläubiger, in dem A Gläubiger zu sein aufhört. Und es sind endlich von jenen Verträgen zugunsten Dritter die Fälle zu scheiden, wo zwar der eine Vertragsteil dem anderen verspricht, eine Leistung an eine dritte Person zu bewirken, wo aber der Dritte nicht ein eigenes Recht auf die Leistung bekommt, sondern nur der Promissar vom Vertragsgegner Leistung an den Dritten verlangen kann. Hier läßt sich von uneigentlichen oder unechten Verträgen zugunsten Dritter reden, und im Gegensatz zu ihnen wären die Verhältnisse, von denen wir ausgegangen sind, als echte Verträge zugunsten Dritter zu bezeichnen.

2. Ob das Versprechen des Schuldners, eine Leistung an einen Dritten zu bewirken, einen echten oder unechten Vertrag zugunsten des Dritten darstellt, ist eine Frage der Vertragsauslegung (§ 328 Abs. 1 und 2). Die Auslegung ent-

¹⁾ Die Nichte, die auf Grund einer von ihrem Onkel zu ihren Gunsten abgeschlossenen Aussteuerversicherung bei ihrer Hochzeit die Versicherungssumme von der Versicherungsgesellschaft ausgezahlt bekommt, wird sich dafür mit Recht nicht bei der Gesellschaft, sondern bei ihrem Onkel bedanken.

scheidet ferner darüber, „ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen“ (beispielsweise erst mit erfolgter Annahmeerklärung des Dritten) entstehen soll, und sie beantwortet auch die damit zusammenhängende Frage, ob das von den Parteien begründete Recht des Dritten von ihnen beliebig aufgehoben bzw. geändert werden kann, oder ob es dazu der Zustimmung des Dritten bedarf (§ 328 Abs. 2). Für einzelne Gruppen besonders häufig vorkommender Fälle hat das Gesetz die Auslegungstätigkeit des Richters durch die Aufstellung von Vermutungen erleichtert. So ist da, wo sich jemand zur Befriedigung eines Gläubigers des Vertragsgegners verpflichtet hat (ohne daß es zu einer Schuldübernahme in dem später zu besprechenden technischen Sinne gekommen ist), im Zweifel ein unechter Vertrag zugunsten des Drittgläubigers anzunehmen (§ 329), während der einen Dritten als Destinatär aufweisende Lebensversicherungs- oder Leibrentenvertrag regelmäßig einen echten Vertrag zugunsten dieses Dritten erzeugt (§ 330 Satz 1). Ebenso ist von der letzteren Auffassung auszugehen, „wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird“ (§ 330 Satz 2). Und in der Frage der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit der Drittberechtigung, der mit ähnlicher Kasuistik nicht beizukommen war, hat der Gesetzgeber die richtige Lösung wenigstens dadurch vorbereitet, daß er auf die Bedeutung hingewiesen hat, die in einer Reihe von Fällen der Tod des Versprechensempfängers für die Unentziehbarkeit des vom Dritten erworbenen Forderungsrechtes hat (§ 331).

3. Liegen die Dinge so, daß nach dem Vertragsinhalt der Dritte das Recht auf die Leistung ohne eigenes Zutun erwirbt, so befindet er sich in ähnlicher Situation wie ein Erbe, bei dem der Nachlaßerwerb sich ja auch ohne Annahmeerklärung vollzieht. Sowenig wie hier der Erbe, wird dort der Dritte gezwungen, den ohne seinen Willen gemachten Rechtserwerb zu behalten; vielmehr kann er das erworbene Recht dem Schuldner gegenüber durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung zurückweisen und tut er es, „so gilt das Recht als nicht erworben“ (§ 333). Aber gerade die Ähnlichkeit mit der erbrechtlichen Situation zwingt dazu, dem Dritten die Ausschlagungsbefugnis dann abzusprechen, wenn er das zu seinen Gunsten begründete Recht ausdrücklich oder stillschweigend angenommen hat, mag auch die Annahmeerklärung für den Rechtserwerb überflüssig gewesen sein. Braucht doch der Dritte, wenschon er vielleicht der allein aus dem Vertrag Berechtigte ist, so doch keineswegs der allein an ihm Interessierte zu sein, indem am Rechtserwerb des Dritten sowohl dem Promissar mit Rücksicht auf das Valutaverhältnis wie auch dem Schuldner aus Gründen des Deckungsverhältnisses sehr viel gelegen sein kann.

4. Von den im gemeinen Rechte aufgetauchten und dort unausgetragen gebliebenen Kontroversen hat das BGB. die Streitfrage, ob der Dritte schon bei Vertragsschluß individualisiert sein müsse oder seine Persönlichkeit noch unbestimmt gelassen sein könne, in letzterem Sinne geregelt. Und wo die Person des Dritten offen gelassen ist (wie etwa bei Lebensversicherungsverträgen), kann der Promissar die ihm zustehende Bestimmung des Dritten auch in einer letztwilligen Verfügung treffen (§ 332). Die schon früher herrschende Ansicht, daß aus dem echten Vertrag zugunsten eines Dritten nicht nur der Dritte auf Leistung an sich, sondern auch der Versprechensempfänger auf Leistung an den Dritten klagen könne, hat jetzt im § 335 ihre gesetzliche Bestätigung gefunden. Und endlich hat sich das Gesetzbuch auch hinsichtlich der dem Schuldner zu gestattenden Einwendungen der schon früher überwiegend für richtig gehaltenen Ansicht angeschlossen, daß der Schuldner dem Dritten gegenüber nicht auf die ihm gegen diesen persönlich zustehenden Verteidigungsmittel (Verjährung, Stundung, Erlaß, Aufrechnung) beschränkt ist,

daß er ihm andererseits auch nicht alle Einwendungen entgegensetzen darf, deren er sich dem Versprechensempfänger gegenüber bedienen könnte (beispielsweise nicht berechtigt ist zur Aufrechnung mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung), daß er aber allerdings „Einwendungen aus dem Vertrag“ (dem Deckungsverhältnis) auch dem Dritten entgegenzustellen die Befugnis hat (§ 334). Ist also in einem Kaufvertrag vereinbart worden, daß den Anspruch auf den Kaufpreis ein Dritter haben soll, so kann der Käufer dem Dritten entgegenhalten, daß die Ware mangelhaft sei und er infolgedessen den Kaufvertrag wandle bzw. den Kaufpreis mindere. Einreden, die sich auf die zwischen dem Promissar und dem Dritten bestehenden Beziehungen (das Valutaverhältnis) gründen, würden, als fremdem Rechtsverhältnis entstammend, dem Schuldner grundsätzlich entzogen sein.

Drittes Kapitel.

Das Erlöschen des Schuldverhältnisses.

§ 23. Die Erfüllung.

Literatur: P. KRETSCHMAR, Die Erfüllung I (Leipzig 1906); BOEHMER, Der Erfüllungswille (München 1910); KLAUSING, Die Zahlung durch Wechsel und Scheck (Heft 21 der von ERNST HEYMANN herausgegebenen Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht; Marburg 1919); FABRICIUS, Artikel „Erfüllung“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 3, 1931).

1. Kein Schuldverhältnis wird für die Ewigkeit begründet. Sondern es liegt im Wesen und Zwecke des Forderungsrechtes, daß es entsteht, um zu vergehen. Und sein normalster, weil sinngemäße Erlöschungsgrund ist die Erfüllung, die bei Geldschulden auch Zahlung genannt wird. Solche Erfüllung liegt vor, „wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird“ (§ 362 Abs. 1). Dabei kann die Leistungsbewirkung entweder in einer rein faktischen Betätigung des Schuldners bestehen (man denke an die Verbindlichkeit des Arbeitnehmers aus dem Dienstvertrag) oder in der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäftes (es hat sich jemand gegenüber dem Eigentümer zur Aufgabe einer Grunddienstbarkeit verpflichtet) oder in einem Vertragsschluß, also einem gemeinschaftlichen rechtsgeschäftlichen Handeln von Schuldner und Gläubiger (so in den zahlreichen Fällen, wo die Obligation auf Rechtsverschaffung, insbesondere Eigentumsübertragung gerichtet ist, zu deren Herbeiführung es der Einigung von Veräußerer und Erwerber bedarf).

Nicht zu verwechseln mit dieser Frage nach der rechtlichen Natur der Leistungsbewirkung ist die andere nach der Rechtsnatur der sich an die Leistungsbewirkung knüpfenden Rechtsfolge, die sich, wie wir sahen, in der Erfüllung und somit im Erlöschen des Schuldverhältnisses äußert. Man streitet nämlich darüber, ob die Leistungsbewirkung (die Erfüllungshandlung) für den Solutionseffekt (den Erfüllungserfolg) ausreichend sei, oder ob zu ihr das ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Einverständnis von Gläubiger und Schuldner hinzutreten müsse, daß das Schuldverhältnis erloschen sei. Nach den Vertretern der letzteren Meinung enthält jeder Erfüllungsvorgang, einerlei von welcher Natur die geschuldete Leistung ist, ein vertragliches Moment, so daß dort, wo die Bewirkung der Leistung selbst schon nur mittelst einer „Einigung“ erfolgen kann, zur Herbeiführung der Erfüllung ein doppelter Konsens vonnöten ist: der eine, der auf den Übergang des vom Schuldner dem Gläubiger zu verschaffenden Rechtes, der andere, der auf das Erlöschen des Schuldverhältnisses gerichtet ist. Aber diese Vertragstheorie hat keine Stütze im Gesetz, das nach seinen klaren Worten für den Erfüllungserfolg nur die Leistungsbewirkung als solche verlangt. Die von den Gegnern be-

hauptete Regelung, die auf eine besondere Entlassung des Schuldners aus dem Schuldverhältnis durch den Gläubiger hinausläufe, wäre als unpraktisch und gekünstelt auch de lege ferenda zu verwerfen. Natürlich kann der Gläubiger, wenn der Schuldner die Leistung bewirkt hat, überdies erklären, daß er befriedigt sei und das Schuldverhältnis für erloschen ansehe. Aber der Erfüllungseffekt tritt unabhängig von dieser Erklärung ein. Letztere braucht deswegen nicht unter allen Umständen rechtlich bedeutungslos zu sein. Vielmehr werden wir sehen, daß sie möglicherweise von Einfluß auf die Regelung der Beweislast ist, wenn die Parteien darüber streiten, ob der Schuldner die geschuldete Leistung bewirkt und infolgedessen das Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht habe.

Da die Erfüllung begrifflich nicht an eine Mitwirkung des Gläubigers gebunden ist, so kann in der Entgegennahme der geschuldeten Leistung auch keine Verfügung des Gläubigers über das Forderungsrecht gefunden werden. Daß dies auch die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich aus § 362 Abs. 2, der für bestimmte Erfüllungsfälle die entsprechende Anwendung einer Reihe von die Verfügung betreffenden Rechtssätzen vorsieht, eine Bestimmung, die überflüssig sein würde, wenn das Einstreichen der Schuldsomme eine Verfügung des Gläubigers über seinen Leistungsanspruch wäre.

Wir sahen, daß die Bewirkung der geschuldeten Leistung das Erlöschen des Schuldverhältnisses insofern von selbst herbeiführt, als für den Eintritt des Erfüllungserfolges keine Befriedigungserklärung des Gläubigers vonnöten ist. Eine andere Frage ist es, ob es für die Schuldbefreiung auch keiner besonderen Erklärung des Schuldners, daß er die Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung erbringe, bedarf. Die Frage ist zu verneinen, wenn mit der besonderen Erklärung eine ausdrückliche Bestimmung des Schuldners gemeint sein sollte. Es ergibt sich aus der durch die Begründung der Obligation geschaffenen Situation, daß wenn A vom X, der ihm fünfhundert Mark schuldig ist, eine Postanweisung über diesen Betrag erhält, diese Summe der Begleichung der schwebenden Schuld dienen soll. Mit dem Eigentumserwerb am Gelde seitens des Gläubigers ist darum die Schuldverbindlichkeit erfüllt, auch wenn der für „Mitteilungen“ bestimmte Abschnitt der Postanweisung keinerlei Angaben über den Zweck der Geldsendung enthält. Andererseits ist es sicher, daß die Leistung, wenn sie vom Erfüllungserfolg begleitet sein soll, von dem erkennbaren Willen des Schuldners, eine Schuld zu tilgen, getragen sein muß. Denn das allein entspricht dem Begriff der *causa solvendi*, wie er früher entwickelt worden ist¹⁾. Und auch aus praktischen Gründen darf man das Prinzip von dem automatischen Tilgungseffekt der Leistung nicht dahin übertreiben, daß solange das Schuldverhältnis bestehe, der Schuldner überhaupt nicht in der Lage sei, den geschuldeten Gegenstand in die Hände des Gläubigers gelangen zu lassen, ohne daß das Geleistete vom Erfüllungszweck erfaßt werde. Vielmehr muß derjenige, der einem Gläubiger fünfhundert Mark schuldig ist, ihm einen gleichen Betrag auch zu anderem Zwecke als dem der Tilgung dieser Obligation (beispielsweise als Auslagenvorschuß für einen zu erteilenden Auftrag oder mit der Bitte um Verwahrung) zukommen lassen können. Aber weil, wie angedeutet, die schuldrechtliche Situation eine Vermutung begründet, daß der Schuldner, der den geschuldeten Gegenstand dem Gläubiger zukommen läßt, sich damit von der ihm obliegenden Verbindlichkeit befreien will, so braucht der Schuldner, der zwecks Schuldtilgung leistet, nicht erst zu sagen, daß er erfüllen will, sondern er muß, wenn er den sonst von selbst eintretenden Solutionseffekt ausschalten will, dies ausdrücklich bestimmen, sei es vor, sei es spätestens bei der Leistungsbewirkung. Im Gesetzbuch selbst finden sich diese Sätze zwar *explicite* nicht. Aber sie stehen im Einklang mit seiner Lösung eines ähnlich gearteten Problems. Ist nämlich der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen (insbesondere also

¹⁾ Oben S. 45.

zu Geldleistungen) verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete zwar zur Bezahlung der einen oder anderen Schuld, aber nicht zur Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten aus, so wird nach § 366 Abs. 1 diejenige Schuld getilgt, die er bei der Leistung bestimmt. Hat er keine Bestimmung getroffen, setzt ein automatischer Zahlungseffekt, und zwar in der in § 366 Abs. 2 angeordneten Reihenfolge ein¹⁾.

Wie nicht erst betont zu werden braucht, bedeutet die Leistung des Schuldners nur dann die Erfüllung des Schuldverhältnisses, wenn sie in quantitativer und qualitativer Hinsicht dem Obligationsinhalt entspricht. Wo letzterer die gesamte dem Schuldner obliegende Leistungspflicht in mehrere einer selbständigen Tilgung fähige Teilverbindlichkeiten zerlegt, kann der Schuldner seine Schuld in entsprechenden Raten abtragen. Wo jene Voraussetzung aber nicht zutrifft, braucht sich der Gläubiger Teilleistungen des Schuldners nicht gefallen zu lassen, kommt also durch deren Ablehnung nicht in Annahmeverzug; die freiwillige Annahme eines Teiles der Leistung führt aber natürlich zur teilweisen Erfüllung und damit zum teilweisen Erlöschen des Schuldverhältnisses (§ 266).

2. Die am Erfüllungsvorgang beteiligten Subjekte sind grundsätzlich mit den Parteien des Schuldverhältnisses identisch.

a) Vom Schuldner ist indessen zu sagen, daß er nur in den seltensten Fällen nach dem Inhalt des Forderungsrechtes verpflichtet ist, alle zur Leistungsbewirkung erforderlichen Verrichtungen in eigener Person vorzunehmen. Sondern regelmäßig ist ihm dabei in größerem oder geringerem Umfang die Zuziehung von Hilfspersonen gestattet. Die Frage, ob und wie weit der Schuldner für die den Gläubiger schädigenden Handlungen seiner Erfüllungsassistenten einzustehen habe, wird später zu beantworten sein²⁾. Es gibt auch Schuldverhältnisse, wo die dem Schuldner obliegende Leistungspflicht einen so unpersönlichen Charakter trägt (man denke namentlich an Geldschulden), daß sich der Gläubiger die volle Leistungsbewirkung durch dritte Personen gefallen lassen muß. Er würde hier also in Annahmeverzug geraten, wenn er die ihm angebotene Leistung deshalb zurückweisen wollte, weil sie nicht vom Schuldner stamme. Er wäre auch nicht berechtigt, danach zu forschen, ob der Dritte die Verbindlichkeit des Schuldners in dessen Auftrag oder überhaupt nur mit dessen Wissen erfülle (§ 267 Abs. 1). Bloß wenn der Schuldner der Zahlung des Dritten ausdrücklich widersprochen hat, ist der Gläubiger zu ihrer Ablehnung berechtigt (§ 267 Abs. 2). Aber auch nur berechtigt, nicht verpflichtet. Macht er von jener Befugnis keinen Gebrauch, sondern nimmt er das Angebotene trotz des schuldnerischen Widerspruchs an, so kommt es zur Erfüllung und damit zur Befreiung des Schuldners von seiner Verbindlichkeit. Ja, das Gesetzbuch kennt Fälle, wo ein Dritter an der rechtzeitigen Tilgung der schuldnerischen Verbindlichkeit ein so starkes eigenes Interesse hat, daß er gewissermaßen ein selbständiges Recht auf die Befriedigung des Gläubigers bekommt, so daß letzterer selbst gegenüber einem schuldnerischen Widerspruch die Leistung des Dritten nicht ohne Rechtsnachteil ablehnen darf. Dies trifft da zu, wo der Dritte durch die vom Gläubiger begonnene Zwangsvollstreckung Gefahr läuft, ein Recht an einem Gegenstand oder den Besitz einer Sache zu verlieren (§ 268 Abs. 1). Und während im allgemeinen ein Dritter für den Schuldner nur erfüllen kann, darf hier der Dritte den Gläubiger, falls die Voraussetzungen dafür vorliegen, auch vermittelt der später zu besprechenden Erfüllungssurrogate der Hinterlegung und der Aufrechnung befriedigen (§ 268 Abs. 2). Und ferner: während sonst keine Rede davon ist, daß der zahlende Dritte gegen den Schuldner die Forderung des Gläubigers geltend

¹⁾ Nach dieser gesetzlichen Reihenfolge wird „zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt“.

²⁾ Unten § 29 unter 2 (S. 73).

machen könne, läßt hier das Gesetz — allerdings mit gewissen Kautelen zum Schutze des Gläubigers — in dem Moment, wo der Dritte zahlt, die getilgte Forderung ipso iure auf ihn übergehen (§ 268 Abs. 3)¹⁾.

b) Was die aktive Seite des Schuldverhältnisses angeht, so ist es selbstverständlich, daß die Leistungsbewirkung den Schuldner nur dann befreit, wenn sie entweder zu Händen des Gläubigers selbst oder einer Person erfolgt, deren Leistungsentgegennahme der Gläubiger nach den Grundsätzen der Stellvertretung gegen sich gelten lassen muß. Empfängt ein Dritter, ohne daß die zuletzt genannte Voraussetzung zutrifft, die dem Gläubiger gebührende Leistung, so treten die Wirkungen der Erfüllung nur ein, wenn entweder der Gläubiger die Leistung an den Dritten genehmigt oder der Dritte das Forderungsrecht erwirbt oder der Gläubiger den Dritten beerbt und für dessen Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (§§ 362 Abs. 2, 185). Des weiteren fragt es sich, ob die an den Gläubiger selbst bewirkte Leistung zur Erfüllung des Schuldverhältnisses nur dann führt, wenn der Gläubiger im Moment der Leistungserbringung geschäftsfähig ist? Die Frage ist da bedeutungslos, wo die Erfüllung nicht dem Gläubiger gegenüber zu erfolgen hat, sondern sich ohne besondere Richtung auf ihn vollzieht: die Verbindlichkeit des Hausangestellten aus dem Dienstvertrag ist durch ordnungsmäßige Verrichtung der Dienste auch dann beglichen, wenn der Dienstberechtigte inzwischen geisteskrank geworden ist. Wo aber die Leistungsbewirkung richtungsbedürftig ist, kann das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit des Gläubigers nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß wir vorhin dem Erfüllungsvorgang den Charakter einer Gläubigerverfügung abgesprochen haben. Denn ganz abgesehen davon, daß da, wo die Leistung eine dingliche Einigung verlangt, der Geschäftsunfähige mangels jeglicher Erwerbsfähigkeit die gläubigerseits notwendige Mitwirkung nicht beizubringen vermag, so ist auch der beschränkt Geschäftsfähige trotz seiner Erwerbsfähigkeit zur selbständigen Einziehung seiner Forderungen nicht imstande. Wenn nämlich letztere auch keine Verfügung im technischen Sinne ist, so stellt sie doch einen Akt der Vermögensverwaltung dar. Diese aber ist durch ihre Übertragung an den gesetzlichen Vertreter dem nicht voll Geschäftsfähigen entzogen.

3. Streiten die Parteien darüber, ob der Schuldner erfüllt habe oder nicht, so hat dieser die Erfüllung zu beweisen. Denn wer einräumt, Schuldner geworden zu sein, aber behauptet, Schuldner nicht mehr zu sein, muß die Gründe dartun, warum er Schuldner zu sein aufgehört hat. Nur dann, wenn Gegenstand des Streites die quantitative oder qualitative Vollständigkeit der Leistung ist und der Gläubiger das ihm als Erfüllung Angebotene bereits „als Erfüllung angenommen“ hat, trifft ihn die Beweislast (§ 363). Solche Annahme als Erfüllung liegt aber nicht schon da vor, wo der Gläubiger die Leistung einstweilen entgegennimmt, entweder um sie auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu prüfen oder um die erkennbar ordnungswidrige im Interesse des Schuldners vor Verderb zu schützen, sondern „Annahme als Erfüllung“ bedeutet ein Gebahren des Gläubigers, aus dem zu schließen ist, daß er sich für befriedigt hält. Erklärt sich der Gläubiger in dieser Weise für befriedigt, obwohl er die Lückenhaftigkeit der Leistung kennt, so würde damit nicht nur die eben gedachte Umkehrung der Beweislast, sondern darüber hinaus unter

¹⁾ Jene den Gläubiger schützenden Kautelen enthält Satz 2 von § 268 Abs 3: „Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.“ Man denke, daß der Gläubiger vom Dritten eine Teilzahlung entgegengenommen hat, und daß nunmehr die Restforderung des Gläubigers mit der auf den Dritten übergegangenen Teilforderung in Konkurrenz steht. Gerät jetzt der Schuldner in Konkurs, so kann der Dritte seine Teilforderung konkursmäßig nur in einer Weise geltend machen, daß dadurch die auf die Restforderung des Gläubigers entfallende Dividende nicht geschmälert wird. Ähnliche Probleme ergeben sich da, wo ein vom Schuldner bestelltes Pfand nicht zur Deckung von Teilforderung und Restforderung ausreicht.

Umständen der Verlust der ihm aus der Nichterfüllung erwachsenen Ansprüche verbunden sein.

Zur Behebung von Beweisschwierigkeiten in Ansehung der Erfüllung bedient sich der Verkehr des Instituts der Quittung. Letztere ist eine vom Gläubiger für den Schuldner ausgestellte Urkunde, in der der Gläubiger den Empfang der geschuldeten Leistung bekennt. Sie verkörpert also ein außergerichtliches Geständnis des Gläubigers. Auf eine solche Quittung hat der Schuldner ein Recht; ja, wo er ein Interesse daran hat, daß die Quittung in besonderer, namentlich öffentlich beglaubigter Form erteilt werde (man denke an die sogenannten löschungsfähigen Quittungen), kann er die Beobachtung der qualifizierten Form verlangen (§ 368). Leistung und Quittung sind Zug um Zug auszutauschen, so daß der Schuldner bis zur Aushändigung des Empfangsbekennnisses ein Zurückbehaltungsrecht an dem geschuldeten Gegenstand hat, ohne natürlich durch Nichtausübung des Retentionsrechtes den Quittungsanspruch zu verlieren. Immer aber hat der Schuldner die Kosten der Quittung zu tragen und vorzuschießen (§ 369). Im Gegensatz zum römischen Rechte ist die Quittung heutzutage sofort mit ihrer Ausstellung beweiskräftig (§ 17 Abs. 1 EG. zur ZPO.). Doch steht dem Gläubiger gegen sie, wie gegen jedes Beweismittel, der Gegenbeweis offen. Bloß wenn die Quittung von den Parteien zum Zwecke des Schulderrlasses benutzt worden ist, hat sie den Charakter einer reinen Beweisurkunde abgestreift und die Natur einer dem Schuldner gemachten Zuwendung angenommen, die der Gläubiger nicht im Wege des einfachen Nachweises, daß er vom Schuldner nichts bekommen habe, sondern nur unter den Voraussetzungen rückgängig machen kann, unter denen er vom anderen Teile eine ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen darf. Schließlich vermag die Quittung auch noch eine dritte Funktion, nämlich die einer Vollmacht zu versehen, indem der Überbringer einer Quittung im Zweifel als ermächtigt gilt, die Leistung im Namen des Gläubigers in Empfang zu nehmen (§ 370).

Der Anspruch auf die Quittung läßt das Recht des Schuldners, die Rückgabe des seinerzeit ausgestellten Schuldscheins vom Gläubiger zu fordern, unberührt. Behauptet letzterer, zur Rückgabe außerstande zu sein, so kann der Schuldner nach § 371 das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei (sogen. Mortifikationsurkunde).

§ 24. Leistung an Erfüllungsstatt.

Literatur: vgl. die Vorbemerkung zu § 23.

1. Die Erfüllung bedurfte begrifflich keiner Zustimmung des Gläubigers. Dafür trat sie auch nur ein, wenn der Schuldner die geschuldete, d. h. eine dem Obligationsinhalt völlig entsprechende Leistung bewirkte. Aber auch die Erbringung einer anderen als der geschuldeten Leistung kann den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreien; jedoch nur dann, wenn der Gläubiger die nicht obligationsmäßige Leistung „annimmt“, d. h. sich mit ihr einverstanden erklärt (§ 364 Abs. 1). Man spricht dann von „Leistung an Erfüllungsstatt“ (datio in solutum). Im Gegensatz zur Erfüllung vollzieht sich hier das Erlöschen des Schuldverhältnisses im Wege des Vertragsschlusses¹⁾. Einen Zwang zu solchem Vertragsschluß, wie ihn in einzelnen Fällen das römische Recht dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger verlieh, kennt das BGB. nicht.

¹⁾ Und zwar muß der Gläubiger diesen Vertrag mit dem Schuldner abschließen. Ein Dritter ist zwar zur Zahlung für den Schuldner, nicht aber auch zur Leistung an Erfüllungsstatt berechtigt. So auch die herrschende Meinung. Ein innerer Grund für diese Regelung ist zwar nicht ersichtlich. Aber letztere entspricht dem Standpunkt den das Gesetz auch sonst bei den Erfüllungssurrogaten eingenommen hat. Vgl. unten § 25 S. 64 Anm. 1, § 26 S. 66 Anm. 3 und § 27 S. 68 Anm. 3.

2. Für die Leistung an Erfüllungsstatt kommen sowohl körperliche wie unkörperliche Gegenstände, und unter den ersteren bewegliche wie unbewegliche Sachen in Betracht. Leidet der hingegebene Gegenstand an einem Sach- oder Rechtsmangel, so war es im gemeinen Rechte bestritten, ob sich daraus die Unwirksamkeit der *datio in solutum* und infolgedessen das Fortbestehen des Forderungsrechtes ergebe, oder ob das Schuldverhältnis getilgt bleibe und der Gläubiger auf die Rechtsbehelfe zu verweisen sei, die dem Käufer im Falle der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstands an die Hand gegeben seien. Das BGB. hat die Streitfrage im letzteren Sinne entschieden (§ 365).

3. Die Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger zur Befriedigung anbietet, kann auch darin bestehen, daß der Schuldner eine neue Verbindlichkeit, und dann gewöhnlich eine „abstrakte“, auf sich nimmt (man denke an die „Zahlung“ von Kaufpreisschulden durch Schuldanerkenntnis, Scheck oder Wechsel). Hier ist nach dem Gesetzbuch im Zweifel nicht davon auszugehen, daß der Gläubiger in die Begründung der neuen Forderung gewilligt habe, um sie gegen die alte einzutauschen. Sondern die durchschnittliche Willensmeinung des Gläubigers ist darauf gerichtet, die neue Obligation neben der alten, also zu deren Stärkung und Sicherung zu erwerben, so daß das alte Schuldverhältnis erst mit seiner oder des neuen Erfüllung erlischt (sogen. Leistung erfüllungshalber; § 364 Abs. 2)¹⁾. Es müssen besondere, eine abweichende Auffassung rechtfertigende Umstände vorliegen, wenn in der Übernahme der neuen Schuld eine die alte tilgende Leistung an Erfüllungsstatt erblickt werden soll. Soweit ein solcher Ausnahmefall gegeben ist, würden wir es mit einer der römischen *Novation* verwandten Erscheinung zu tun haben.

§ 25. Die Hinterlegung.

Literatur: BEER, Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten (Leipzig 1900); BODLÄNDER, Artikel „Hinterlegung“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 4, Lieferung 2, 1932).

1. Es kann vorkommen, daß der leistungswillige und an sich auch leistungsfähige Schuldner doch nicht in der Lage ist, die Erfüllung der Obligation herbeizuführen, weil der Leistungsbewirkung Hindernisse auf seiten des Gläubigers im Wege stehen. Solchenfalls gibt die Rechtsordnung dem Schuldner die Möglichkeit, sich vom Schuldverhältnis dadurch zu befreien, daß er den geschuldeten Gegenstand bei einer Behörde für den Gläubiger hinterlegt. Der Staat nimmt hier gewissermaßen als *negotiorum gestor* des Gläubigers die Leistung für ihn in Empfang. Aber gerade diese staatliche Seite des Hinterlegungswesens läßt letzteres tief eingreifen in die Behördenorganisation der einzelnen Länder. Das BGB. hat darum bei seiner Regelung große Zurückhaltung üben müssen und die Vorschriften über die Hinterlegung bedürfen in zahlreichen Punkten der Ergänzung durch die einzelstaatlichen Hinterlegungsordnungen (EG. Art. 144—146; Preußische Hinterlegungsordnung vom 21. 4. 1913 mit verschiedenen Novellen).

2. Objektive Voraussetzung der Hinterlegung ist die Hinterlegungsfähigkeit der geschuldeten Sache. Hinterlegungsfähig aber sind nach Reichsrecht nur Geld, Urkunden (insbesondere Wertpapiere) und Kostbarkeiten. Das Landesrecht kann den Kreis der sich zur Hinterlegung eignenden Sachen erweitern. In subjektiver Hinsicht wird erfordert, daß der Gläubiger entweder im Annahmeverzug ist²⁾, oder daß der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden

¹⁾ Leistung erfüllungshalber ist selbstverständlich nicht nur da möglich, wo der Schuldner eine neue Verbindlichkeit übernimmt, sondern auch und erst recht da, wo er ein ihm gegen einen Dritten zustehendes Forderungsrecht seinem Gläubiger abtritt. In jeder Vereinbarung einer Leistung erfüllungshalber wird im Zweifel die Abrede zu erblicken sein, daß der Gläubiger seine Befriedigung zuerst aus dem neuen Schuldverhältnis suchen und auf das alte erst dann zurückgreifen soll, wenn die Geltendmachung des neuen Schuldverhältnisses erfolglos geblieben ist.

²⁾ Darüber das Nähere unten in § 32.

Grunde nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann (der geschäftsunfähige Gläubiger ist ohne gesetzliche Vertretung), oder daß der Schuldner ohne eigene Fahrlässigkeit über die Person des Gläubigers im Ungewissen ist (man denke an das Unbekanntsein des Gläubigers infolge Vererbung des Forderungsrechtes). Die Hinterlegung muß vom Schuldner selbst ausgehen: dritte Personen können, auch wenn sie berechtigt sind, an Stelle des Schuldners zu erfüllen, zur Hinterlegung nach richtiger Ansicht nur im Ausnahmefall des § 268 schreiten (§ 372)¹⁾. Eine Pflicht des Schuldners zur Hinterlegung besteht nicht; es ist seine Sache, ob er es vorzieht, mit der Schuldverbindlichkeit weiter belastet zu sein.

3. Die Einzelheiten des bei der Hinterlegung einzuschlagenden Verfahrens bestimmt das Landesrecht. Nach letzterem richtet sich auch die funktionelle und örtliche Zuständigkeit der in Betracht kommenden Behörde. Angehen einer örtlich unzuständigen Stelle macht die Hinterlegung nicht unwirksam, verpflichtet aber den Schuldner zum Schadensersatz; wie er auch ersatzpflichtig ist, wenn er dem Gläubiger die erfolgte Hinterlegung, obwohl er es tun konnte, nicht anzeigt (§ 374). Durch die Hinterlegung wird zwischen Schuldner und Hinterlegungsstelle ein Verwahrungsvertrag zugunsten des Gläubigers geschlossen. Den letzterem daraus gegen die Hinterlegungsstelle erwachsenden Anspruch auf Ausantwortung der für ihn hinterlegten Sache kann der Schuldner dadurch beschränken, daß er das Recht des Gläubigers auf Herausgabe der hinterlegten Sache von der Bewirkung der diesem obliegenden Gegenleistung abhängig macht (§ 373). In dem Normalfall, daß der Schuldner eine ihm gehörige Sache hinterlegt, steht das Eigentum an der hinterlegten Sache, solange es der Gläubiger nicht in Gemäßheit der Vorschriften des Sachenrechts oder der Fiskus nicht nach Maßgabe des Landesrechts erworben hat, dem Schuldner zu. Neben dieser dinglichen Beziehung zur hinterlegten Sache hat der Schuldner gegen die Hinterlegungsstelle einen obligationsrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr der hinterlegten Sache, der mit dem Herausgabeanspruch des Gläubigers konkurriert (§ 376 Abs. 1) und durch dessen Ausübung der gläubigerische Anspruch hinfällig wird. Dieses — der Pfändung entzogene — Rücknahmerecht des Schuldners erlischt aber, wenn letzterer der Hinterlegungsstelle den Verzicht darauf ausspricht oder wenn der Gläubiger ihr „die Annahme erklärt“ oder wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen Gläubiger und Schuldner ergangenes, die Hinterlegung für rechtmäßig erklärendes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird (§§ 376 Abs. 2, 377). Die Kosten der Hinterlegung fallen, sofern nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt, dem Gläubiger zur Last (§ 381).

4. Da der hinterlegte Gegenstand zunächst dem Rückforderungsrecht des Schuldners unterliegt, kann die Hinterlegung als solche den Schuldner noch nicht von der Verbindlichkeit befreien, um deren Tilgung willen sie erfolgt ist. Sondern die Hinterlegung hat in Ansehung dieses Schuldverhältnisses vorerst nur die Wirkung, daß der Schuldner den ihm um Zahlung angehenden Gläubiger auf den hinterlegten Gegenstand verweisen darf, und daß der Gläubiger, falls sie nicht ohnedies schon auf ihn übergegangen ist, von jetzt an die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache trägt und der Schuldner für die Zukunft weder zur Zinszahlung noch zum Ersatz wegen nicht gezogener Nutzungen verpflichtet ist — Folgen, die mit rückwirkender Kraft aufhören, wenn der Schuldner sein Rücknahmerecht ausübt (§ 379). Erst wenn dieses aus den vorhin erwähnten Gründen erloschen ist, „wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte“ (§ 378).

¹⁾ Das argumentum e contrario aus § 268 dürfte zwingend sein. Aber eine Inkonsequenz ist es, daß der Dritte zwar nach § 267 für den Schuldner zahlen und den Gläubiger in Annahmeverzug versetzen, nicht aber auch die Schuldsomme hinterlegen kann. Vgl. auch vorhin § 24 Anm. 1 und die anderen dort zitierten Stellen.

5. Die Wohltat der Hinterlegungsmöglichkeit fehlt den Schuldnern von nicht hinterlegungsfähigen Sachen. Aber auch ihnen muß geholfen werden, wenn sie aus Gründen in der Person des Gläubigers außerstande sind, ihre Verbindlichkeit zu erfüllen. Das Gesetz gibt ihnen zu diesem Zwecke das Recht, durch einen öffentlichen Funktionär die geschuldete bewegliche Sache auf Rechnung des Gläubigers am Leistungsort (eventuell an einem geeigneteren Orte) versteigern oder, wenn sie einen Börsen- bzw. Marktpreis hat, freihändig verkaufen zu lassen und den Erlös zu hinterlegen. Dieses Recht hat der Schuldner unbedingt gegenüber dem im Annahmeverzug befindlichen Gläubiger; in den übrigen oben aufgezählten Fällen des Gläubigerhindernisses hingegen nur dann, wenn „der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist“. Wegen weiterer Einzelheiten über den Selbsthilfeverkauf ist auf das BGB. selbst zu verweisen (§§ 383—386; vgl. dazu auch § 373 HGB.).

6. Dem Schuldner einer unbeweglichen Sache steht das Recht des Selbsthilfeverkaufs aus naheliegenden Gründen nicht zu. Seine Interessen sind nach Möglichkeit dadurch gewahrt, daß er bei Verzug des Gläubigers den Besitz des Grundstücks aufgeben kann, ohne dadurch natürlich von einer etwa auf ihm lastenden Eigentumsverschaffungspflicht frei zu werden (§ 303).

§ 26. Die Aufrechnung.

Literatur: FRANZ LEONHARD, Die Aufrechnung (Göttingen 1896); SIBER, Kompensation und Aufrechnung (Leipzig 1899); LIEBKNECHT, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung (Berlin 1899); WEIGELIN, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld (Hannover 1904); MARWITZ, Artikel „Aufrechnung“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. I, 1926). Wegen der prozeßrechtlichen Seite der Aufrechnung vgl. die Literaturangaben in den Darstellungen des Prozeßrechts.

1. Hat der Schuldner ebenfalls einen Leistungsanspruch gegen den Gläubiger, so können selbstverständlich beide Parteien mit Rücksicht darauf, daß ihre Forderungen sich einander gegenüberstehen, das Erlöschen dieser Forderungen vereinbaren. Es liegt dann ein wechselseitiger Erlaßvertrag vor¹⁾. Das ist es aber nicht, was man gemeinhin als das Recht zur „Aufrechnung“ bezeichnet. Sondern darunter begreift man die Befugnis, durch einseitige Erklärung den Untergang beider Forderungen, soweit sie sich decken, herbeizuführen. Der Aufrechnende wird in den Stand gesetzt, mit seiner Forderung seine Schuld zu bezahlen und die Forderung des Gegners zur Begleichung von dessen Verbindlichkeit zu verwenden; er ist also in der Lage, über beide Forderungen zu verfügen. Die Fähigkeit zu solcher einseitigen, eine Art eigenmächtiger Selbsthilfe darstellenden Aufrechnung ist keine Selbstverständlichkeit, sondern bedarf der Anerkennung durch das positive Recht. Indem das römische Recht sie als einen Ausfluß der *exceptio doli generalis* betrachtete, brachte es das Institut der Aufrechnung in enge Beziehung zum Prozeß. Wenn aber auch die Aufrechnung häufig im Prozeß erklärt wird und solchenfalls vielleicht Qualifikationen erfährt nach Maßgabe des Prozeßrechts, so hat sie doch nach ihrer Zweckbestimmung nichts mit dem Prozeß zu tun, wenigstens nicht in höherem Maße als alle übrigen Schuldbefreiungsgründe, und ist darum in erster Linie als privatrechtliches Geschäft und als außergerichtliche Handlung zu werten. Als solche erscheint sie denn schon im gemeinen Rechte und das BGB. hat durch eine eingehende Regelung ihrer Voraussetzungen, ihrer Geltendmachung und ihrer Wirkungen diese Entwicklung zum Abschluß gebracht.

2. Anlangend die Voraussetzungen, so muß, wenn der Schuldner mittelst einseitiger Erklärung aufrechnen will, seine Forderung gegen den Gläubiger einen Leistungsgegenstand von gleicher Art wie des Gläubigers Forderung gegen ihn aufweisen

¹⁾ Über den Begriff des Erlasses siehe den folgenden Paragraphen.

(§ 387)¹⁾. Ein weiteres aber wird in objektiver Hinsicht nicht gefordert. Die Aufrechnung ist also begrifflich nicht auf Geldforderungen beschränkt, wenn schon diese natürlich für sie das Hauptanwendungsgebiet abgeben. Auch einen inneren sachlichen Zusammenhang zwischen Forderung und Gegenforderung (Konnextität) verlangt die Kompensation nicht (anders als die Retention, die wiederum das Erfordernis der Gleichartigkeit der beiden Ansprüche nicht kannte)²⁾. Normalerweise setzt die Aufrechnung die Identität der beiderseitigen Obligationssubjekte voraus; doch kann ausnahmsweise im Falle des § 268 ein Dritter mit seinem Forderungsrecht gegen den Gläubiger das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner tilgen und darf der Schuldner, wenn der Gläubiger seinen Anspruch zediert, zufolge § 406 unter Umständen mit seiner Forderung gegen den Gläubiger den nunmehr dem Zessionar gegen ihn, den Schuldner, zustehenden Leistungsanspruch bezahlen³⁾. Aber stets bedingt die Aufrechnung des Schuldners, daß seine Forderung einredefrei und fällig ist (§ 387): denn solange der Gläubiger die ihm obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen nicht nötig hat, kann ihm nicht zugemutet werden, sich für seinen Aktivposten statt in bar mit der Befreiung von dieser Verbindlichkeit abfinden zu lassen. Hingegen braucht die eigene Schuld des Aufrechnenden nicht fällig zu sein; es genügt, daß letzterer zur Leistungsbewirkung befugt ist, was ja, wie wir wissen, regelmäßig schon vor der Fälligkeit der Fall ist. Nur wird der Schuldner, der seinerseits Barzahlung verlangen kann, ohne sie schon leisten zu müssen, für gewöhnlich kein Interesse daran haben, zur Kompensation zu schreiten. Ebenso wenig wie hinsichtlich der Leistungszeit brauchen die kompensablen Forderungen hinsichtlich des Leistungs- oder des Ablieferungsortes übereinzustimmen. Immerhin sind hier im Falle der Nichtübereinstimmung dem Kompensationsrecht einige Schranken gezogen; namentlich ist dafür gesorgt, daß nicht jemand, der sich zu einem bestimmten Zeitpunkt Geld an einen bestimmten Ort bestellt hat, statt der benötigten Summe die Aufrechnung mit einer von ihm an einem anderen Orte zu erfüllenden Verbindlichkeit empfängt (§ 391). Ausgeschlossen ist natürlich jede Aufrechnung des Schuldners gegen solche Forderungen, die die Parteien durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Aufrechnung entzogen haben; ferner nach § 393 gegen solche Forderungen, die der Gläubiger aus vorsätzlichen Delikten des Schuldners erworben hat, da sonst jeder, der eine uneinbringliche Forderung hätte, sich dieses für ihn an und für sich wertlosen Vermögensobjektes bedienen könnte, um ohne eigenen Nachteil schädigend in die Rechtsgüterwelt desjenigen einzugreifen, gegen den sich jene Forderung richtete; und endlich ist mit geringen Ausnahmen nach § 394 ausgeschlossen die Aufrechnung gegen unpfändbare

¹⁾ An und für sich möchte es abwegig erscheinen, bei der Aufrechnung den einen Teil als Gläubiger und den anderen Teil als Schuldner zu bezeichnen, da es ja im Wesen der Aufrechnung liegt, daß jeder Teil sowohl Gläubiger wie Schuldner ist. Indessen rechtfertigt sich der obige Sprachgebrauch dadurch, daß wir hier die Aufrechnung im Zusammenhang mit der Erfüllung, der Leistung an Erfüllungsstatt und der Hinterlegung betrachten und infolgedessen die Frage sehr wohl so formulieren können: inwieweit kann sich der Schuldner des Schuldverhältnisses, das wir bisher auf eine der gedachten Arten haben untergehen lassen, an ihrer Stelle der Aufrechnung bedienen? Die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner ist also im folgenden diejenige, gegen welche, die Forderung des Schuldners gegen den Gläubiger diejenige, mit welcher aufgerechnet wird.

²⁾ Oben S. 38.

³⁾ Über die Fälle hinaus, wo das Gesetz die Aufrechnung trotz fehlender Identität der Obligationssubjekte gestattet, wird man die Aufrechnung nur da zulassen können, wo die drei beteiligten Personen sie im Wege eines gemeinschaftlichen Vertrages herbeiführen. Hingegen könnte ein Dritter, der vom Gläubiger 1000 zu verlangen hat, nicht mit letzterem allein verabreden, daß diese Forderung als aufgerechnet gelten solle gegen die 1000, die der Gläubiger vom Schuldner zu verlangen hat. Denn ein solches Übereinkommen des Dritten mit dem Gläubiger würde neben dem Erlaß der Forderung, die der Dritte gegen den Gläubiger hätte, auch einen Erlaß der Forderung enthalten, die der Gläubiger gegen den Schuldner besäße. Und dem stünden die in Anm. 3 des folgenden Paragraphen erwähnten Hindernisse im Wege.

Forderungen: wenn der Gesetzgeber aus sozialpolitischen Gründen die bare Befriedigung bestimmter Gläubiger wünscht und es deshalb verbietet, daß ein Dritter im Wege der Pfändung ihr Forderungsrecht zur zwangsweisen Tilgung ihrer Schuld verwende, so kann er es logischerweise nicht dulden, daß der Schuldner solchen Gläubiger im Wege der Aufrechnung zwingt, sich an Stelle der Barzahlung mit der Befreiung von einer Verbindlichkeit zu begnügen¹⁾. Nur in eingeschränktem Maße kann der Schuldner aufrechnen gegen beschlagnahmte und gegen fiskalische Forderungen (§§ 392, 395)²⁾.

3. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile (§ 388 Satz 1). Wie schon eingangs erwähnt, setzt sie keinen Prozeß über das Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner voraus; und selbst wenn ein solcher schwebt, steht es im freien Belieben des Schuldners, ob er die Aufrechnung im Prozeß oder außergerichtlich vornehmen will. Aus naheliegenden Gründen kann die Aufrechnungserklärung nur unbedingt und unbefristet abgegeben werden (§ 388 Satz 2). Sehr häufig kleidet sie der das Forderungsrecht des Gläubigers bestreitende Schuldner in die Form, daß er für den unwahrscheinlichen Fall der Existenz der gläubigerischen Forderung mit einer Gegenforderung kompensiere (sogenannte Eventualaufrechnung). Darin läge keine wegen Bedingtheit unwirksame Aufrechnung, sondern, da das Vorhandensein einer Gegenforderung begriffliche und darum selbstverständliche Voraussetzung jeder Kompensation ist, lediglich das Operieren mit einer *condicio juris*. Hat im Moment der Aufrechnung der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so ist es Sache des Aufrechnenden, die Forderungen zu bestimmen, die er gegeneinander aufgewogen wissen will. Während aber bei der Erfüllung der Gläubiger sich die entsprechende Bestimmung des Schuldners schlechthin gefallen lassen mußte, darf der Gläubiger hier, wo er seine Befriedigung nicht in bar empfängt, der schuldnerischen Bestimmung „widersprechen“. Und tut er das unverzüglich oder hat der Schuldner gar keine Bestimmung getroffen, so ergreift die Aufrechnung die kompensablen Forderungen in der Reihenfolge, die für den Fall einer Mehrheit von Schuldverhältnissen der von der Erfüllung handelnde § 366 vorsieht (§ 396).

4. Die Wirkung der Aufrechnung besteht im Erlöschen von Forderung und Gegenforderung. Da die Befugnis zur Aufrechnung nicht davon abhängt, daß beide Forderungen von gleicher Höhe sind, das Erlöschen aber naturgemäß nur insoweit erfolgt, als diese sich decken, so ist dem kompensierenden Schuldner trotz des § 266 die Möglichkeit einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers gegeben. Der schuldtilgende Effekt der Aufrechnungserklärung tritt in dem Augenblick ein, in dem sie nach den allgemeinen Lehren der Rechtsgeschäfte (vgl. insbesondere § 130) Gültigkeit erlangt. Hat er sich aber in diesem Moment eingestellt, wird er zurückdatiert auf den Zeitpunkt, in dem Forderung und Gegenforderung einander als kompensabel gegenüber getreten sind und in dem darum die Aufrechnung schon hätte vorgenommen werden können (§ 389). Diese Rückwirkung ist namentlich da von Bedeutung, wo sich der Schuldner bei Abgabe der Kompensationserklärung bereits im Leistungsverzug befindet. Denn indem er den Gläubiger statt in bar im Wege der Aufrechnung befriedigt, erreicht er hier unter Umständen, daß er von der Verpflichtung, Verzugszinsen oder Vertragsstrafen zu entrichten, wieder frei wird bzw. Beträge, die er unter diesem Gesichtspunkt abgeführt hat, zurückfordern kann.

¹⁾ Daß eine Ausnahme von dem Aufrechnungsverbot des § 394 dann gemacht werden muß, wenn die Forderung, mit welcher der Schuldner aufrechnen will, einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Gläubigers entstammt, ist schon in anderem Zusammenhang erwähnt worden. Vgl. oben S. 39 Anm. 1.

²⁾ Über die Schranken, die das sogenannte Reichsausgleichsgesetz vom 24. 4. 1920 der Aufrechnung im Verkehr mit Angehörigen der feindlichen Staaten gezogen hat, ist nicht hier, sondern im Rechte des Versailler Friedensvertrages zu handeln.

Hingegen darf man aus der rückwirkenden Kraft der Kompensation nicht den Schluß ziehen, daß der Schuldner, der mittels Barzahlung erfüllt hat und nachträglich eine schon damals vorhandene Aufrechnungsmöglichkeit bemerkt, noch jetzt die Kompensation zu erklären und das Geleistete zu kondizieren imstande sei. Denn die Erfüllung hat die Forderung des Gläubigers zum Erlöschen gebracht, so daß es bei Vornahme der Aufrechnung an dem für letztere unerläßlichen Vorhandensein von Forderung und Gegenforderung fehlen würde¹⁾.

§ 27. Sonstige Erlöschungsgründe.

Literatur: P. KRETSCHMAR, Die Theorie der Konfusion (Leipzig 1899); P. KLEIN, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung (Berlin 1905); WALSMANN, Der Verzicht (Leipzig 1912); HAUDEK, Artikel „Erlaß“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 3, 1931).

1. In den bisher behandelten Fällen war der Untergang der Obligation mit einer irgendwie gearteten Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner verbunden. Es gibt aber auch Erlöschungsgründe, denen zufolge der Gläubiger sein Forderungsrecht verliert, ohne vom Schuldner Erfüllung oder Erfüllungssurrogate empfangen zu haben.

a) Diesen Ausgang kann das Schuldverhältnis einmal da nehmen, wo dem Schuldner die Bewirkung der ihm obliegenden Leistung unmöglich wird. Davon wird in anderem Zusammenhang zu reden sein²⁾.

b) Sodann zählt herkömmlicherweise zu den anormalen Formen der Obligationsbeendigung der sogenannte *concursum causarum lucrativarum*, der von der seltenen, mehr der Theorie als der Praxis angehörigen Figur handelt, daß der Gläubiger vom Schuldner *ex causa lucrativa* (Schenkungsversprechen oder Vermächtnis) eine individuell bestimmte Sache zu fordern hat und diese Sache von anderer Seite unentgeltlich erwirbt. Indessen kann hier zwar durch den anderweiten Sacherwerb des Gläubigers der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei werden, er braucht es aber nicht zu werden. Ob er es wird oder ob er statt der Sache den Wert zu leisten hat, läßt sich weder aus dem hier gern herangezogenen Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung noch mit Hilfe des mißverständlichen Begriffs der „Zweckerreichung“, sondern nur im Wege der Auslegung des Rechtsgeschäftes entscheiden, dem das unentgeltliche Forderungsrecht des Gläubigers entstammt.

c) Eine singuläre Beendigung der Obligation stellt drittens die Konfusion dar. Darunter versteht man die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person. Ihr wichtigster, wenn auch keineswegs einziger Anwendungsfall ist die Beerbung der einen Partei des Schuldverhältnisses durch die andere. Die Konfusion bringt das Forderungsrecht zum Erlöschen, weil ihr zufolge das Vermögen, das für die Erfüllung der Verbindlichkeit haftet, dem Gläubiger selbst gehört. Darum versagt die schuldtilgende Kraft der Konfusion, wenn dieses Vermögen für die auf ihm lastenden Schulden nur beschränkt haftet, so daß seine rechtliche Trennung von dem übrigen dem Gläubiger gehörigen Vermögen trotz Identität des Vermögensträgers aufrechterhalten werden muß (§§ 1976, 1991 Abs. 2).

2. Der wichtigste Fall, wo der Gläubiger beim Erlöschen der Obligation leer ausgeht, ist der Erlaß. Er bedeutet die Vereinbarung von Gläubiger und Schuldner, daß letzterer ohne Leistungsbewirkung von seiner Verbindlichkeit frei sein soll (§ 397 Abs. 1). Der Erlaß bedarf demnach eines (wenn auch nur stillschweigenden) Vertragsschlusses; der einseitige Verzicht würde dem Gläubiger das Forderungsrecht nicht nehmen³⁾. Der Erlaßvertrag ist an keine Form gebunden. Er kann also auch

¹⁾ Im Ergebnis übereinstimmend, wenn auch mit andersartiger Begründung Reichsgericht, Entscheidungen Bd. 120 S. 280 (= Jurist. Wochenschrift 1928 S. 1288).

²⁾ Unten § 31.

³⁾ Es soll also nach dem Willen des Gesetzes der Erlaß dem Schuldner nicht aufgezwungen werden. Darum kann der Gläubiger den Erlaßvertrag auch nicht mit einem Dritten zugunsten des Schuldners abschließen. Der Wortlaut des § 397 würde solcher Form des Erlasses vielleicht

mündlich, ja selbst vermittelt konkludenter Handlung eingegangen werden. Die Parteien können ihn auch in das bewußt unwahre Bekenntnis des Gläubigers kleiden, daß er die geschuldete Leistung erhalten habe (§ 397 Abs. 2). Man spricht dann von einem „negativen Anerkenntnisvertrag“ im Gegensatz zu dem früher erwähnten schuld begründenden und darum „positiven“ Anerkenntnisvertrag. Obwohl das negative Anerkenntnis der Schriftform des positiven entraten kann, erscheint es häufig in Gestalt einer vom Gläubiger ausgestellten Quittung¹).

Der Erlaß ist ein Geschäft des Obligationenrechts; aber er ist kein Verpflichtungsgeschäft, sondern ein Verfügungsgeschäft. Denn er führt den Untergang der Obligation unmittelbar herbei. Er ist darum begrifflich scharf zu scheiden von einem Vertrag, in dem der Gläubiger dem Schuldner die Forderung nicht sowohl erläßt, als zu erlassen verspricht. Namentlich ist diese Trennung von Erlaß und Erlaßvorvertrag wichtig, wo dem Schuldner die Befreiung von der Obligation geschenkt werden soll. Dann bedarf der Erlaß als Barschenkung auch aus schenkungsrechtlichen Gesichtspunkten keiner besonderen Form, während der Erlaßvorvertrag ein Schenkungsversprechen enthalten und darum der Formvorschrift des § 518 unterstehen würde.

Der Erlaß ist ein abstraktes Rechtsgeschäft und deshalb in dem früher geschilderten Umfang unabhängig von seiner causa. Er kann insbesondere gültig sein, obwohl der Rechtsgrund, um dessentwillen er vorgenommen wurde, nicht besteht. Hat der Gläubiger A dem Schuldner B die ererbte Forderung erlassen, weil der Erblasser des A dem B die Schuldbefreiung im Testament vermacht hatte (causa solvendi), so ist der Erlaß wirksam erfolgt, auch wenn wegen Nichtigkeit des Testaments eine Verpflichtung zu seiner Vornahme für A gar nicht entstanden war. Nur kann letzterer von B mit der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung die Wiederherstellung der Forderung verlangen.

Viertes Kapitel.

Veränderungen im Inhalt des Schuldverhältnisses.

§ 28. Allgemeines.

Literatur: STAUB, Die positiven Vertragsverletzungen (2. Aufl., Berlin 1913); BRECHT, System der Vertragshaftung in Jherings Jahrbüchern Bd. 53 (1908) S. 213ff.; FRITZ, Die Schlechtleistung im besonderen Teile des Schuldrechts (Karlsruhe 1931).

Nur ein Teil der Schuldverhältnisse hat das einfache Schicksal, daß er mit dem Inhalt erlischt, mit dem er entstanden ist. Ein anderer Teil macht einen komplizierteren Werdegang durch, indem er in der Zwischenzeit inhaltliche Veränderungen erfährt. Solche Veränderungen können einmal von den Parteien durch Rechtsgeschäft, insbesondere durch Vertrag herbeigeführt werden. Davon wird an

nicht einmal im Wege stehen. Aber die eben gedachte ratio des Gesetzes verbietet sie. Infolgedessen vermag der Dritte auch nicht durch Vertrag mit dem Gläubiger eine Forderung, die er gegen letzteren hat, gegen eine Forderung, die dem Gläubiger gegen den Schuldner zusteht, aufzurechnen (oben § 26 Anm. 3, S. 66). De lege ferenda liegt kein Grund vor, den Schuldner vor einem unfreiwilligen Erlaß der Schuld zu schützen, wenn er es sich doch gefallen lassen muß, daß er durch Zahlung eines Dritten (§ 267) oder durch Schuldübernahme (§ 414) ohne seinen Willen von seinen Verbindlichkeiten befreit wird (vgl. schon oben § 24 Anm. 1 und § 25 Anm. 1, S. 64). Es bekennen sich aber zu dem Vertragsprinzip die Rechtsordnungen fast aller Kulturstaaten. Immerhin anders beispielsweise § 519 des Japanischen BGB.

¹) Oben S. 62. — Außerhalb des Rahmens unserer Darstellung liegt der gesetzliche Erlaß von Forderungsrechten, den für das Gebiet der „Osthilfe“ die Durchführungsverordnung vom 5. 12. 1931 zur Verordnung des Reichspräsidenten vom 17. 11. 1931 in ihren §§ 25ff. (RGBl. I, 694f.) vorsieht.

späterer Stelle gehandelt werden¹⁾. Änderungen des Obligationsinhaltes sind aber auch ohne Rechtsgeschäft möglich. Damit soll nicht das in der Inflationszeit vielfach erörterte Problem berührt sein, ob der Richter von sich aus zur Änderung von Schuldverhältnissen, insbesondere zur Herauf- oder Herabsetzung der für eine Leistung vereinbarten Gegenleistung befugt sei. Denn diese Frage ist, soweit sie nicht für einzelne Spezialfälle eine besondere gesetzliche Regelung erfahren hat, ähnlich wie die nach der *clausula rebus sic stantibus* letzten Endes eine solche der Vertragsauslegung und gehört darum ihrem systematischen Zusammenhang nach in die allgemeine Vertragslehre²⁾. Wenn wir hier von inhaltlichen Veränderungen der Obligation reden, die nicht auf einem Abänderungsgeschäft der Parteien beruhen, so haben wir ausschließlich die Fälle im Auge, in denen das Gesetz von sich aus, wenn auch überwiegend durch dispositive Rechtssätze, an gewisse Tatbestände eine Erweiterung oder Abschwächung oder Umwandlung der schuldnerischen Leistungspflicht knüpft. Diese Tatbestände lassen sich im weitesten Sinne unter dem Begriff der Nichterfüllung der Obligation zusammenfassen. Dabei sind aber zwei große Gruppen von Nichterfüllung zu unterscheiden.

In dem einen Falle liegt das Ausbleiben der Erfüllung daran, daß der Gläubiger nicht diejenigen für die Leistungsbewirkung des Schuldners erforderlichen Bedingungen setzt, die nach Gesetz, Vertrag oder Verkehrsanschauung von seiner Seite zu beschaffen sind. Diese Erfüllungshindernisse machen das Gebiet des Annahmeverzugs aus, mit dem wir uns des näheren noch zu befassen haben werden³⁾.

Die andere Gruppe sagt nichts Positives aus über die Sphäre, aus der die Erfüllungsverweigerung stammt, sondern läßt sich nur negativ dahin charakterisieren, daß hier die Erfüllung nicht an der Unzulänglichkeit der vom Gläubiger zu prästierenden Mitwirkung scheitert. Weil diese Gruppe alle Fälle der Nichterfüllung umfaßt, die nicht zur Kategorie des Annahmeverzugs gehören, kann bei ihr von Nichterfüllung im engeren Sinne gesprochen werden. Und in diesem engeren Sinne werden wir im folgenden den Begriff der Nichterfüllung ausschließlich gebrauchen.

Mit den beiden Figuren des Annahmeverzugs und der schuldnerischen Nichterfüllung hätte das BGB. bei der Normierung der gesetzlichen Schuldabänderungsgründe sich begnügen können. Es hat aber statt dessen die Nichterfüllung nicht als solche behandelt (wie es das beispielsweise bis zu einem gewissen Grade das französische Recht im Art. 1184 des *code civil* getan hat), sondern es hat davon nur einzelne, nach seiner Meinung das Gebiet erschöpfende Erscheinungsformen geregelt. Diese Erscheinungsformen sind der Verzug und die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners. In Wahrheit aber erschöpfen diese Begriffe höchstens den hier dem Gesetze offenbar vorschwebenden Gegensatz der unpünktlichen und der unerbringbaren Leistung, aber keineswegs den ganzen Bereich unserer schuldnerischen Nichterfüllung. Denn selbst wenn sich die Zuwiderhandlung gegen Unterlassungspflichten zur Not noch jenen beiden Begriffen unterstellen läßt, so bleibt noch immer eine große Reihe von durch sie nicht gedeckten Fällen übrig. Hat sich ein Büchersachverständiger verpflichtet, einem Kaufmann bis zum 25. Januar die Bilanz für das abgelaufene Jahr zu errichten, und liefert er sie schon am 20. Januar, aber in einer auf fehlerhaften rechnerischen Grundlagen aufgebauten Weise ab, so hat er seine Vertragspflichten nicht erfüllt, aber er befindet sich weder im Verzug noch braucht ihm die rechtzeitige Fertigstellung einer richtigen Bilanz unmöglich zu sein, wie denn auch der Gläubiger durch diese schuldnerische Vertragsverletzung einen selbständigen, mittels nachträglicher Bilanzkorrektur nicht zu beseitigenden Schaden erlitten haben kann. Ähnlich liegen die Dinge, wenn ein Prinzipal einem Gehilfen ein unrichtiges Zeugnis ausstellt oder ein Ofensetzer den Ofen selbst zwar einwandfrei setzt, bei der Handtierung mit der Leiter

¹⁾ Unten § 33.

²⁾ Vgl. außerdem oben § 6 unter 4 (S. 20f.).

³⁾ Unten § 32.

aber wertvolle Zimmergegenstände beschädigt. Man hat für diese Fälle in der Literatur die Kategorie der positiven Vertragsverletzung oder der Schlechtleistung geschaffen. Ihre praktische Bedeutung ist über Gebühr aufgebauscht worden. Wirkliche Probleme kann sie nur demjenigen stellen, der demselben Fehler wie der Gesetzgeber verfallen ist, daß Verzug und Unmöglichkeit der Leistung die eigentlichen Formen der schuldnerischen Nichterfüllung seien, und dem infolgedessen jenes Rechtsgebilde außerhalb aller gesetzlichen Regelung zu stehen scheint. Wer hingegen in der positiven Vertragsverletzung nichts weiter als eine dritte, im Gesetzbuch versehentlich übergangene Erscheinungsform der Nichterfüllung erblickt, dem wird es ein leichtes sein, aus den Rechtssätzen über Verzug und Unmöglichkeit der Leistung für deren Oberbegriff brauchbare Normen abzuleiten und diese sinngemäß auf die vom Gesetzgeber vergessene Rechtsfigur anzuwenden.

Der vom Gesetz eingeschlagene Weg zwingt uns, die Lehre von der schuldnerischen Nichterfüllung ebenfalls an der Hand der Begriffe des Leistungsverzuges und der Leistungsunmöglichkeit zu entwickeln. Vor der Behandlung dieser Materien bedarf indessen noch ein anderer Gegenstand der Erörterung. Die mit der unpünktlichen und der unmöglichen Leistung verbundenen Rechtsfolgen gestalten sich grundsätzlich verschieden, je nachdem der Schuldner die Ereignisse, die die Unpünktlichkeit oder die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen, zu vertreten hat oder nicht. Wir müssen darum zunächst uns fragen, wann die Nichterfüllung auf einem vom Schuldner zu vertretenden und wann sie auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand beruht¹).

§ 29. Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände.

Literatur: MAX RÜMELIN, Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht (Tübingen 1909); DERSELBE, Der Zufall im Recht (Freiburg 1896); KESSLER, Die Fahrlässigkeit im nordamerikanischen Deliktsrecht unter vergleichender Berücksichtigung des englischen und des deutschen Rechtes (Heft 6 der vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebenen Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Berlin 1932); NUSSBAUM, Haftung für Hilfspersonen (Berlin 1898); FEDER, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden (Berlin 1902); OSTWALD, Der Erfüllungsdiener (Berlin 1920); WILBURG, Haftung für Gehilfen (Wien und Leipzig 1931); v. CÄMMERER, Artikel „Höhere Gewalt“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 4, Lieferung 2, 1932). Im übrigen vergleiche wegen der (überwiegend auf dem Boden des Strafrechts erwachsenen) Literatur zum Verschuldensbegriff die Nachweise unter dem Artikel „Vorsatz“ von WEGENER und unter dem Artikel „Fahrlässigkeit“ von ENDEMANN und von WEGENER im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 2 und 6, 1927 und 1929).

1. Nach § 276 hat der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit einzustehen. Beide zusammen machen den Begriff des Verschuldens aus. Die Nichterfüllung der Obligation ist also dann vom Schuldner zu vertreten, wenn sie auf einen von ihm verschuldeten Umstand zurückzuführen ist. Der (stark umstrittene) Verschuldensbegriff ragt in seiner Bedeutung weit über das Obligationenrecht hinaus und ist darum des näheren im allgemeinen Teile des bürgerlichen Rechtes zu behandeln. Verschulden ist die aus einem Willensfehler sich ergebende Beziehung eines Rechtssubjektes zu einem von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg. Dieser Willensfehler kann entweder ein böser Wille oder ein schwacher Wille sein. Danach sind die beiden Formen des Verschuldens Vorsatz und Fahrlässigkeit.

a) Der Begriff des Vorsatzes wird vom Gesetzbuch nicht definiert, sondern als (vom Strafrecht her) bekannt vorausgesetzt. Vorsätzlich verletzt der Schuldner seine obligationsrechtlichen Pflichten, wenn er handelt im Bewußtsein von der Möglichkeit des obligationswidrigen Erfolges und mit dem Eintritt dieses Erfolges einverstanden ist. Daß der Zweck der Gläubigerschädigung die Triebfeder des Han-

¹) Ein sprachlicher Fehler ist es, wenn in der Literatur vielfach von vertretbarer und nicht vertretbarer Unmöglichkeit der Leistung geredet wird. Es gibt vertretbare und unvertretbare Sachen, aber immer nur zu vertretende und nicht zu vertretende Umstände.

delns gewesen sei, wird für den Vorsatzbegriff nicht gefordert: letzterer ist schon dann erfüllt, wenn jemand weiß, daß sein Handeln einen anderen als den obligationswidrigen Erfolg gar nicht haben kann, aber trotzdem nicht von seinem Handeln Abstand nimmt, mögen auch die Motive solchen Handelns gänzlich außerhalb der Interessensphäre des Gläubigers liegen. Und ebenso handelt derjenige vorsätzlich, der zwar in erster Linie auf die Vermeidung des obligationswidrigen Erfolges hofft, ihn aber für den Fall seiner Unvermeidbarkeit in sein Einverständnis aufnimmt (sog. *dolus eventualis*)¹). Die Haftung des Schuldners für Vorsatz kann durch Parteiberedung nicht im voraus ausgeschlossen werden. Das versteht sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst; ist aber überdies in § 276 Abs. 2 besonders ausgesprochen worden.

b) Die Fahrlässigkeit wird vom Gesetzbuch als „Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ umschrieben (§ 276 Abs. 1, Satz 2). Solcher Außerachtlassung kann sich der Schuldner in doppelter Weise schuldig machen. Entweder: der Schuldner stellt sich die Möglichkeit einer obligationswidrigen Wirkung seines Handelns vor; er würde mit einer solchen Wirkung nichts weniger als einverstanden sein; er handelt aber dennoch, weil er sich der unentschuldbaren Hoffnung hingegeben hat, der obligationswidrige Erfolg werde aus irgendeinem Grunde ausbleiben (sog. bewußte Fahrlässigkeit). Oder: der Schuldner hat sich bei seinem Handeln die Möglichkeit eines obligationswidrigen Erfolges überhaupt nicht vorgestellt, obwohl er sie sich bei verkehrsmäßiger Sorgfalt hätte vorstellen können (sog. unbewußte Fahrlässigkeit). Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, die in beiden Fällen außer acht gelassen ist, bestimmt sich nicht nach den subjektiven Eigenschaften des Schuldners, also nicht nach der Willensanspannung, die er nach Maßgabe seines Alters, seines Geschlechtes, seiner Gesundheit aufbringen konnte, sondern ausschließlich nach dem Platze, auf den sich der Schuldner im Verkehr gestellt hat: er handelt auch bei voller Ausnutzung der ihm von der Natur verliehenen Kräfte fahrlässig, wenn er diejenige Sorgfalt nicht beachtet, die der Verkehr von denen beanspruchen muß, die in ihm eine Rolle, wie der Schuldner sie sich beigelegt hat, spielen wollen (objektive Fahrlässigkeitstheorie). Statt für jede Fahrlässigkeit macht das Gesetz den Schuldner bisweilen (z. B. §§ 300, 521, 599, 680) nur für grobe Fahrlässigkeit, bisweilen (z. B. §§ 690, 708, 1359) nur für diejenige Sorgfalt verantwortlich, die er in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegt (vgl. dazu § 277). Der Grund für diese geminderte Haftung liegt darin, daß sich der Verkehr in solchen Fällen mit einer geringeren Sorgfalt des Schuldners begnügt. Das Gesetzbuch hätte darum mit dem einen, in der Legaldefinition niedergelegten Begriff der Fahrlässigkeit nicht nur auskommen können, sondern es würde die Preisgabe jener dem justinianischen Rechte entlehnten Distinktionen durch die größere Bewegungsfreiheit, die sie dem Richter eingeräumt hätte, in manchen Fällen auch zu sachlich befriedigenderen Resultaten geführt haben. Im Gegensatz zum Vorsatz kann die Haftung für Fahrlässigkeit dem Schuldner im voraus durch Vertrag erlassen werden.

c) Weder von vorsätzlicher noch von fahrlässiger Nichterfüllung kann da die Rede sein, wo der Schuldner infolge entschuldbaren Irrtums von seiner Leistungspflicht nichts weiß oder wo er zu denjenigen Personen gehört, die nach Maßgabe der §§ 827, 828 eines schuldhaften Verhaltens überhaupt nicht fähig sind (§ 276 Abs. 1 Satz 3). Die für das Deliktsrecht in § 829 zu Lasten der Schuldunfähigen angeordnete Ausnahme vom Verschuldensprinzip findet im Gebiet der schuldnerischen Nichterfüllung keine Anwendung²).

¹) Die im Einzelfall oft flüssige Grenze von *Eventualdolus* und Fahrlässigkeit braucht im Zivilrecht nur relativ selten gezogen zu werden, weil hier die Verschuldensfolgen in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sowohl durch Vorsatz wie durch Fahrlässigkeit ausgelöst werden.

²) Denn § 829 ist in § 276 Abs. 3 nicht mit zitiert. Anders entscheidet § 1149 des Entwurfs eines Ungarischen Zivilgesetzbuchs.

2. Ein de lege ferenda umstrittenes Problem ist es, ob und in welchem Umfang der Schuldner außer für sein eigenes Verschulden für das zur Nichterfüllung der Obligation führende Verschulden dritter Personen verantwortlich gemacht werden soll. Zwar ist sicher, daß es dem Schuldner nicht zur Last gelegt werden kann, wenn dritte Personen ohne sein Wissen und Wollen und ohne daß eine Fahrlässigkeit von seiner Seite mit im Spiele ist, störend in das Schuldverhältnis eingreifen. Und ebenso ist sicher, daß, wenn der Schuldner dritte Personen bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten hinzuzieht, deren Inhalt solche Verwendung dritter Personen verbietet, oder wenn er da, wo der Obligationseinhalt die Mitwirkung anderer gestattet, die anderen nachlässig auswählt, er dem Gläubiger haftbar ist, aber nicht unter dem Gesichtspunkt einer Haftung für fremdes, sondern für eigenes Verschulden, und darum haftbar ist nicht nur für den vom Dritten verschuldeten, sondern auch für den von diesem schuldlos verursachten Schaden. Schwierigkeiten ergeben sich für den Gesetzgeber erst, wenn es sich um die Frage handelt, ob der Schuldner einzustehen hat für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Schuldverpflichtung erlaubterweise und nach einer auf Grund sorgfältiger Prüfung getroffenen Auswahl bedient. Diese Frage ist in Überspannung des sogenannten Verschuldensprinzipes von früheren Rechtsordnungen vielfach verneint worden. Das BGB. hat sie, in Verwertung eines vom code civil in Art. 1384 zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens, bejaht durch die Bestimmung des § 278 Satz 1: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im gleichen Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.“ Hier wird also auch bei Freiheit des Schuldners von jedem eigenen Verschulden das Verhalten eines anderen für einen von ihm zu vertretenden Umstand erklärt. Die Drittperson aber muß der Vorwurf des Verschuldens treffen; würde auch sie die Nichterfüllung der Obligation nicht verschuldet, sondern nur verursacht haben, so wäre eine Haftung des Schuldners nicht gegeben. Und die Frage, ob ein Verschulden des Dritten vorliegt, ist in Ansehung etwaiger Schuldausschließungsgründe aus dessen Individualität, hinsichtlich des an die Sorgfaltspflicht anzulegenden Maßstabes aber aus der Person des Schuldners zu beantworten: m. a. W. ein Drittverschulden liegt vor, wenn die Handlung der vollkommen deliktsfähigen Hilfsperson, falls vom Schuldner selbst begangen, eine culpa desselben in sich schließen würde. Diese Auslegung entspricht allein den Verkehrsbedürfnissen und dem Zwecke des § 278. Denn da die aus der Beschäftigung von Hilfspersonen sich ergebende Betriebsvergrößerung in erster Linie dem Schuldner zugute kommt, da ferner letzterer die mit der Vermehrung seiner Haftung verbundene Belastung durch Preiserhöhungen auf die Allgemeinheit abwälzen kann und er den alleinigen Einfluß auf Auswahl und Anleitung der Drittpersonen hat, so darf der Gläubiger durch die dem Schuldner bei der Leistungsbewirkung nachgelassene Zuziehung von Hilfskräften nicht schlechter gestellt werden, als er stehen würde, wenn der Schuldner der allein handelnde Teil geblieben wäre. Im einzelnen gibt der — übrigens abdingbare — § 278 trotz seines scheinbar eindeutigen Wortlauts sowohl hinsichtlich des Kreises der von ihm erfaßten Personen wie hinsichtlich des Kreises der unter ihn fallenden Mitwirkungshandlungen zu einer großen Reihe von Streitfragen Anlaß, auf die hier nicht eingegangen werden kann.

3. Erfüllungshindernisse, die weder der Schuldner noch eine der im § 278 genannten Personen verschuldet hat, sind kein vom Schuldner zu vertretender Umstand. Sie stellen sich juristisch als ein Zufall dar, von dem der Grundsatz gilt: *casus a nullo praestatur*. Nur läßt natürlich auch dieser Grundsatz Ausnahmen zu. Sie können einmal von den Parteien geschaffen werden, indem diese ein Entstehen des Schuldners für zufällige Ereignisse vereinbaren (Erfüllungsgarantie). Sie sind sodann im Gesetz selbst vorgesehen, das nicht nur bei einzelnen Schuldverhältnissen das Verschuldensprinzip durchbricht, sondern von ihm auch Ausnahmen allgemeiner Natur kennt.

a) Zu den letzteren gehört nur teilweise die später zu berührende Vorschrift des § 287 Satz 2, da sie die Zufallshaftung auf einer regelmäßig vorliegenden Verschuldenshaftung aufbaut. Wohl aber zählt hierher der § 279, der freilich als eine der mißglücklichsten Formulierungen des Gesetzbuchs bezeichnet werden muß. Denn er sagt erheblich mehr und doch auch wieder viel weniger als seitens des Gesetzgebers hätte gesagt werden müssen. Dieser hat offenbar einer Berufung des Gattungsschuldners auf schuldlos unzulängliche Eindeckung vorbeugen wollen. In Wahrheit aber lautet der § 279: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“ Indem das Gesetz hier im Falle der Gattungsschuld jedes Leistungsunvermögen für einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand erklärt und damit letzten Endes an fast jede unpünktliche Erfüllung einer Genusobligation die Verzugsfolgen knüpft, belastet es den Schuldner mit einer Haftung, die in solcher Strenge weder billig ist noch vom Verkehrsbedürfnis verlangt wird. Auf der anderen Seite hindert der Wortlaut des § 279 den Schuldner einer Speziessache, etwa eines Gemäldes, nicht, der Erfüllungsklage gegenüber geltend zu machen, daß ihm dieses Gemälde von einem Darlehensgläubiger abgepfändet worden sei, den er infolge unverschuldeten Mangels an Barmitteln nicht habe befriedigen können, während eine Untersuchung über Schuldhaftigkeit oder Schuldlosigkeit einer entstandenen Zahlungsunfähigkeit mit der Verkehrssicherheit schlechterdings unverträglich ist und darum die Insolvenz des Schuldners in erster Linie für einen von ihm unbedingt zu vertretenden Umstand seitens des Gesetzes hätte erklärt werden müssen, nach dem Muster des römischen Rechtes, das bekanntlich lehrte: *incendium aere alieno non exiit debitorem*. Die Praxis hat denn auch die unzulängliche Formulierung des § 279 durch teils einschränkende teils ausdehnende Auslegung unschädlich zu machen versucht¹⁾.

b) Unter den einzelnen Schuldverträgen weisen Ausnahmen vom Verschuldensprinzip beispielsweise auf der später zu besprechende Beherbergungsvertrag (§ 701 Satz 1), der Eisenbahnfrachtvertrag (§ 456 Abs. 1 HGB.) und der Postbeförderungsvertrag (§§ 6, 11 des Reichspostgesetzes vom 28. 10. 1871). In allen diesen Fällen wird die dem Schuldner auferlegte Zufallshaftung begrenzt durch die Nichthaftung für sogenannte höhere Gewalt²⁾. Unter letzterer dürfen nicht, wie es vielfach geschehen ist, diejenigen Ereignisse begriffen werden, die der Schuldner auch bei denkbar größter Sorgfalt nicht vermeiden konnte. Dann würden jene Gesetzesstellen keine Zufallshaftung, sondern nur eine gesteigerte Verschuldenshaftung vorschreiben. Sie wollen aber gerade den Schuldner auch für die zufällige Nichterfüllung der Obligation eintreten lassen und davon nur einen bestimmten Kreis von Zufällen, eben die höhere Gewalt, ausnehmen. Zur richtigen Absteckung dieses Kreises führt die Erwägung, daß, wo das Gesetz bei einzelnen Schuldverträgen auch den Zufall zu einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand erhebt, es sich um Schuldverhältnisse handelt, die der Schuldner im Betrieb eines Unternehmens begründet hat, das durch seine Natur eine gewisse Gefahrenquelle darstellt. Da aber das Unternehmen für die Allgemeinheit unentbehrlich ist, kann die Rechtsordnung jenen Gefahren nicht durch seine Unterdrückung, sondern nur dadurch begegnen, daß sie die Folgen der Gefahren denjenigen tragen läßt, der aus dem Unternehmen den unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil zieht. Darum soll hier die durch eine spezifische Betriebsgefahr verursachte Nichterfüllung der Obligation vom Schuldner selbst dann vertreten werden, wenn das sie herbeiführende Ereignis unvermeidbar war. Hingegen soll er nicht haften, wenn das die Nichterfüllung verursachende un-

¹⁾ Vgl. aus der Judikatur namentlich die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 75 S. 336; Bd. 106 S. 181 und in der Höchstrichterlichen Rechtsprechung 1928 Nr. 1576.

²⁾ Vgl. dazu noch das unten § 52 unter 3f (S. 158f.) erwähnte Reichshaftpflichtgesetz.

verschuldete Ereignis nicht als Ausfluß der dem Unternehmen eigentümlichen Betriebsgefahr angesprochen werden kann, der Schuldgegenstand also von ihm ebenso gut außerhalb dieses Unternehmens hätte betroffen werden können. Nichthaftung für höhere Gewalt bedeutet demnach Nichthaftung für solche Zufälle, die mit der dem Betrieb innewohnenden besonderen Gefahr in keinem inneren, sachlichen oder, wie sich auch sagen ließe, in keinem adäquaten Kausalzusammenhang stehen.

§ 30. Der Verzug des Schuldners.

Literatur: PAECH, Leistungsverzug (Berlin 1902); DE CLAPARÈDE, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzug, I. Teil (Genf 1903); ERNST HEYMANN, Verschulden beim Erfüllungsverzug (Marburg 1913); STOLL, Rücktritt und Schadensersatz im Archiv f. d. civil. Praxis, Neue Folge Bd. 11 (1929) S. 141 ff.

1. Leistungsverzug bedeutet Leistungsverzögerung. Darum kann von einem Verzug des Schuldners nicht die Rede sein, solange die Leistung noch nicht fällig ist. Aber auch trotz eingetretener Fälligkeit läßt sich von Verzögerung nicht sprechen, wenn der Schuldner zur Verweigerung der geschuldeten Leistung berechtigt ist. Eine dem Schuldner zustehende Einrede schließt also seinen Verzug aus¹⁾.

Nächst der Fälligkeit der Leistung verlangt das Gesetz für den Eintritt des Verzugs zwei weitere Voraussetzungen. Es muß einmal die Unpünktlichkeit auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruhen, wobei freilich die Beweislast in Ansehung der Vertretungsfrage dem Schuldner obliegt (§§ 282, 285). Und es muß ferner überall, wo die Zeit der Leistung nicht kalendermäßig fixiert ist und infolgedessen nicht der Grundsatz eingreift: dies interpellat pro homine, der Gläubiger den Schuldner wegen der Leistung gemahnt haben (§ 284). Die Mahnung soll dem Schuldner gegenüber das sofortige Leistungsbegehren des Gläubigers zum Ausdruck bringen. Darum liegt im Zusenden einer Rechnung an sich noch keine Mahnung, während umgekehrt die Klageerhebung oder die Zustellung eines Zahlungsbefehles im sogenannten Mahnverfahren die rechtlich intensivste Form der Mahnung bedeutet. Der in der Literatur aufgetauchten Meinung, der Gläubiger-mahnung sei es gleichzuachten, wenn der Schuldner dem Gläubiger die Leistung ankündigt (sog. Selbstmahnung), kann nicht beigetreten werden.

2. Die Wirkungen des Verzugs ergreifen zunächst die Leistungspflicht des säumigen Schuldners, erstrecken sich aber bei gegenseitigen Verträgen zufolge des funktionellen Synallagmas auch auf die Gegenleistungspflicht des Gläubigers.

a) Was vorerst die Leistungspflicht des Schuldners anlangt, so verwandelt sein Verzug sie in nachträgliche Erfüllungspflicht und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung. Bei Geldschulden, die nicht ihrerseits schon Zinsschulden sind, kann der Gläubiger als Mindestbetrag des Verzugsschadens die gesetzlichen Zinsen fordern, ohne gegebenenfalls an der Geltendmachung eines weiteren Schadens oder einer höheren Zinsvereinbarung verhindert zu sein (§§ 286 Abs.1; 288—290)²⁾.

Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung machen nach Eintritt des Verzugs den Inhalt der schuldnerischen Verbindlichkeit aus. Wie darum der Schuldner jetzt beides dem Gläubiger anbieten muß, wenn er ihn in Annahmeverzug versetzen will, so kann andererseits der Gläubiger mehr als Erfüllung und Schadloshaltung wegen unpünktlicher Erfüllung grundsätzlich

¹⁾ Wegen der Besonderheit, die in dieser Hinsicht die sogenannte „aufschiebende Einrede“ des Erben aufweist, vgl. das Erbrecht.

²⁾ Die seinerzeit viel erörterte Streitfrage, ob als Verzugsschaden auch eine eingetretene Geldentwertung in Betracht komme, ist richtigerweise zu bejahen. Besonders ausgesprochen in der Novelle vom 29. 4. 1923 zu § 87 des Betriebsrätegesetzes: „Kommt der Arbeitgeber mit der Zahlung der Entschädigung in Verzug, so hat er dem Arbeitnehmer auch den durch die Geldentwertung entstehenden Schaden zu ersetzen.“

nicht begehren: er ist insbesondere nicht ohne weiteres berechtigt, unter Ablehnung der ausstehenden Erfüllung Schadensersatz wegen totaler Nichterfüllung zu verlangen.

Es lassen sich aber Fälle denken, wo der Gläubiger, ohne daß deswegen ein Fixgeschäft in dem früher erläuterten Sinne vorzuliegen braucht, infolge des Verzugs an der nachträglichen Leistung kein Interesse mehr hat. Dann gibt das Gesetz ihm die *facultas alternativa*, statt Erfüllung und Ersatz für verspätete Erfüllung schlechthin Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern. Die Wahl dieses Rechtsbehelfes bedeutet gewiß keinen Rücktritt vom Schuldvertrag seitens des Gläubigers, denn letzterer leitet ja gerade aus dem Schuldverhältnis Ersatzansprüche ab; wohl aber finden auf den Rechtsbehelf hinsichtlich der Art seiner Geltendmachung, insbesondere hinsichtlich der Frage, inwieweit er die Fähigkeit des Gläubigers zur Rückgewähr einer etwa bereits empfangenen Teilleistung voraussetze, die Vorschriften vom Rücktritt vom Vertrag entsprechende Anwendung (§ 286 Abs. 1 und 2). — Das durch jene Wahlbefugnis dem Gläubiger verliehene Privileg ist an sich mit dem Beweis des mangelnden Interesses an der nachträglichen Leistung belastet. Damit ist der Wert der Rechtswohltat stark beeinträchtigt, da das Gelingen solchen Beweises bei den subjektiven Abwägungen, um die es sich hier handelt, immer sehr unsicher sein wird. Das Gesetzbuch hat darum dem für Schadensersatz wegen Nichterfüllung optierenden Gläubiger Mittel und Wege eröffnet, durch die er sich jene Beweisführung ersparen kann. Bei gegenseitigen Verträgen darf nämlich nach § 326 Abs. 1 der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablauf der Frist ablehne; dann ist nach fruchtlosem Ablauf der Frist der Gläubiger, ohne noch ein mangelndes Interesse an der Erfüllung beweisen zu müssen, Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung zu verlangen berechtigt; der Anspruch auf Erfüllung ist aber von da an ausgeschlossen. Und hat er ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erstritten, so ist nach § 283 Abs. 1 auch der Gläubiger aus einem nicht gegenseitigen Vertrag zu ähnlicher Fristsetzung befugt, und es kann nach deren vergeblichem Ablauf der Schuldner von der Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur noch loskommen, wenn er den in diesem Stadium selten erbringbaren Nachweis führt, daß er die Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstands nicht zu bewirken imstande sei.

Selten erbringbar ist letzterer Beweis deshalb, weil der rechtskräftig verurteilte Schuldner in aller Regel sich bereits im Verzuge befinden wird und der im Verzug befindliche Schuldner auch für zufällige Unmöglichkeit der Leistung einzustehen hat. Erst recht hat er während des Verzugs für jedes Verschulden aufzukommen, mag er vorher auch nur für *culpa lata* oder nur für die *diligentia* verantwortlich gewesen sein, *quam in suis rebus adhibere solet*. Diese Sätze finden sich in § 287 besonders ausgesprochen, begreifen sich aber im Grunde genommen von selbst. Denn da der Schuldner infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands in Verzug geraten ist, müssen sich während des letzteren auch Ereignisse, die sonst zufällige wären, in zu vertretende Umstände verwandeln: hat der Schuldner die pünktliche Lieferung des Pferdes verabsäumt und kommt es bei ihm durch eine Feuersbrunst um, so hat der Schuldner zwar möglicherweise nicht die Feuersbrunst, aber jedenfalls die Tatsache zu vertreten, daß sich das Pferd noch in seinem, des Schuldners Gewahrsam und nicht, wie es der Obligationsinhalt verlangte, bereits im Stalle des Gläubigers befand.

Eine Unpünktlichkeit der Leistung, die nicht auf einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand beruht und infolgedessen keinen Verzug begründet, verpflichtet zwar den Schuldner zur nachträglichen Leistungsbewirkung, kann aber zu einer Verschärfung der schuldnerischen Haftung nur aus dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit des Leistungsanspruches führen (§§ 291, 292).

b) In den Rechtsfolgen des Leistungsverzuges, wie wir sie bisher kennengelernt haben, liegt an und für sich nicht die Notwendigkeit einbeschlossen, an dem Umfang der dem Gläubiger eines säumigen Schuldners obliegenden Gegenleistung etwas zu ändern. Denn zufolge der den Schuldner treffenden Schadensersatzpflicht steht sich beim Verzug der Gläubiger juristisch und — soweit das möglich ist — auch wirtschaftlich nicht schlechter als bei der pünktlichen Leistung. Und so ist es denn auch nicht zweifelhaft, daß der Gläubiger, der nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung begehrt, die volle vereinbarte Gegenleistung zu prästieren hat. Da aber, wo der Gläubiger seinem Rechte entsprechend Schadensersatz wegen gänzlicher Nichterfüllung verlangt, herrscht in der Literatur Streit, ob er die im Vertrag übernommene Gegenleistung bewirken müsse (Surrogationstheorie) oder ob er die Gegenleistung einbehalten und kurzerhand die Differenz zwischen dem erlittenen Schaden und der ersparten Gegenleistung fordern dürfe (Differenztheorie). Die Meinungsverschiedenheit ist natürlich von geringer praktischen Bedeutung, wenn die Gegenleistung des Gläubigers ebenfalls in Geld besteht und dadurch die Möglichkeit der Kompensation der beiderseitigen Ansprüche gegeben ist. Aber sie ist von großer praktischer Tragweite, wenn es an den Voraussetzungen der Kompensation fehlt, was auch bei sich gegenüberstehenden Geldforderungen der Fall sein kann und überall da der Fall ist, wo der Gläubiger eine andere Sache als Geld zu leisten hat. Entspricht nun auch die Surrogationstheorie, wie angedeutet, insofern der juristischen Logik, als der Schadensersatz das rechtliche Äquivalent der ursprünglichen Leistung darstellt und darum wie diese der Gegenleistung begrifflich wert sein muß, so ist doch nicht zu verkennen, daß die Äquivalenztheorie bis zu einem gewissen Grade auf einer Fiktion beruht, indem sich eben im Leben nicht alle Interessen, auch nicht alle vermögensrechtlichen, restlos in Geld ausgleichen lassen. Und so sind in der Tat Fälle denkbar, wo es dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, den Schadensersatz des Schuldners mit der eigenen Gegenleistung zu erkaufen. Da aber das Gesetz bei seiner Regelung des Leistungsverzuges offensichtlich bestrebt ist, die Interessen des Gläubigers möglichst weitgehend zu berücksichtigen, wird man letzterem auch ohne ausdrücklichen Rechtssatz, wenn er ausreichende Gründe für solches Verlangen darzutun vermag, die Regulierung des Schadensersatzes im Sinne der Differenztheorie gestatten müssen. Aber auch nur dem Gläubiger: der Schuldner ist nicht berechtigt, gegen den Willen des anderen Teiles den Boden der Surrogationstheorie zu verlassen¹⁾.

Schließlich kann es Umstände geben, denen zufolge der Gläubiger es vorzieht, sich vom Schuldner überhaupt nicht, weder gegen Bewirkung noch gegen Anrechnung der Gegenleistung, entschädigen zu lassen, wo er vielmehr angesichts des Leistungsverzuges den Wunsch hat, vom Schuldverhältnis gänzlich loszukommen. Dann hat er das Recht, vom Schuldvertrag zurückzutreten. Auf dieses gesetzliche Rücktrittsrecht finden die für das vereinbarte Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung²⁾. Voraussetzung ist aber auch hier, daß der Gläubiger entweder dem Schuldner eine angemessene Nachfrist vergeblich gesetzt hat oder sein mangelndes Interesse an der nachträglichen Leistungsbewirkung darthut (§§ 326, 327 Satz 1). — Besondere Gestalt muß das Recht des Gläubigers zur Vertragsauflösung bei den Sukzessivlieferungsverträgen annehmen³⁾. Ist hier der Schuldner nach pünktlicher Erbringung einer Reihe von Leistungen mit einer Lieferung in Verzug geraten und haben infolgedessen nach Lage der Dinge die weiteren

¹⁾ Die Stellungnahme des Textes zur Differenz- und Surrogationstheorie entspricht im wesentlichen der ständigen Praxis des Reichsgerichts, wie sie sich auf Grund der bekannten Entscheidung des 2. Zivilsenats vom 11. 4. 1902 (Bd. 50 S. 255 ff.) entwickelt hat. Die Kontroverse ist Gegenstand eingehender Verhandlung auf dem 27. (Innsbrucker) Juristentag des Jahres 1904 gewesen. Vgl. dessen Verhandlungen Bd. 1 S. 249 ff.; Bd. 2 S. 167 ff.; Bd. 4 S. 112 ff.

²⁾ Oben § 21 unter 2 und 3 (S. 55).

³⁾ Über diesen Begriff siehe oben S. 13.

Lieferungen für den Gläubiger kein Interesse mehr, so wird man dem Gläubiger zweckmäßig statt des den Vertrag auch für die Vergangenheit auflösenden Rücktrittsrechtes das lediglich in die Zukunft wirkende Kündigungsrecht einräumen.

§ 31. Die Unmöglichkeit der Leistung.

Literatur: KISCH, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen (Jena 1900); KLEINELDAM, Unmöglichkeit und Unvermögen (Jena 1900); TITZE, Unmöglichkeit der Leistung (Leipzig 1900); DERSELBE, Artikel „Unmöglichkeit der Leistung“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929); H. A. FISCHER, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre (Rostock 1904); RABEL, Unmöglichkeit der Leistung (Weimar 1907); KRÜCKMANN, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß (Tübingen 1907); O. FISCHER, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund (Jena 1912; 2. Beitrag 1913); KORNFELD, Leistungsunmöglichkeit (Wien 1913).

Die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung hat uns schon einmal beschäftigt, und zwar in Gestalt der sogenannten anfänglichen Leistungsunmöglichkeit¹⁾. Jetzt tritt sie uns als nachträgliche, d. h. nicht schon bei Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandene, sondern sich erst später einstellende Leistungsunmöglichkeit entgegen²⁾. Während sich dort die Rechtsfolgen verschieden gestalteten, je nachdem es sich um objektive oder um subjektive Unmöglichkeit handelte, spielt dieser unglückliche Gegensatz bei der nachträglichen Unmöglichkeit keine Rolle. Wie beim Verzug werden wir auch bei der Unmöglichkeit der Leistung den Einfluß auf die schuldnerische Leistungspflicht und den Einfluß auf die Gegenleistungspflicht des Gläubigers getrennt betrachten.

1. Hinsichtlich der Verbindlichkeit des Schuldners sind die Wirkungen verschieden, je nachdem die Unmöglichkeit der Leistung von ihm zu vertreten oder nicht zu vertreten ist.

a) Beruht das Leistungshindernis auf einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand, so wird er nach § 275 im Umfang der Leistungsunmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei: also völlig frei, wenn die Leistung völlig, teilweise frei, wenn sie nur teilweise unmöglich geworden ist. Die Leistungsbefreiung braucht aber selbst bei totaler Unmöglichkeit das Schuldverhältnis nicht notwendigerweise inhaltsleer zu machen und darum nicht unter allen Umständen dessen gänzliches Erlöschen zu bedeuten. Vielmehr kann der Untergang der Leistungspflicht sehr wohl einzelne Nebenverpflichtungen des Schuldners bestehen lassen, ja er kann sogar neue Schuldnerpflichten erzeugen. So ist der Schuldner regelmäßig gehalten, von der eingetretenen Leistungsunfähigkeit dem Gläubiger Anzeige zu erstatten; oder es liegen ihm, wie etwa dem Frachtführer bei Unausführbarkeit des Frachtvertrags, einstweilige Fürsorgemaßnahmen in Ansehung des Leistungsgegenstandes ob. Und kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 281 Abs. 1) hat der Schuldner, der infolge des die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Umstands für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz (z. B. eine Versicherungssumme) oder einen Ersatzanspruch (z. B. eine Schadensersatzklage gegen dritte Personen) erlangt, solche Gegenstände dem Gläubiger auf dessen Verlangen heraus-

¹⁾ Oben S. 42.

²⁾ Besonders häufig nimmt sie hier die Gestalt der sogen. wirtschaftlichen Unmöglichkeit an. Man versteht darunter die Fälle, wo eine Leistung bei rein logischer Betrachtung zwar noch möglich ist, ihre Erbringung aber vom Schuldner Opfer verlangen würde, die ihm zufolge § 242 nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden sollen. Der Begriff, der alles auf die Umstände des einzelnen Falles abstellt, ist natürlich außerordentlich flüchtig (über die wichtigste Judikatur orientiert die Handausgabe des BGB. von FISCHER-HENLE-TITZE, § 275 Anm. 1a, S. 151). Man kann zweifeln, ob es überhaupt zweckmäßig ist, die Lebenserscheinungen, die hier in Frage stehen, unter den Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Leistung zu bringen und sie deren Rechtssätzen zuzuordnen. Vielleicht ist ihre Behandlung richtiger von seiten der Lehre von der Geschäftsgrundlage und der damit zusammenhängenden *clausula rebus sic stantibus* in Angriff zu nehmen und die dem Schuldner zu gewährende Hilfe mittelst des ihm hier gegebenenfalls erwachsenden Rücktrittsrechtes zu bewerkstelligen.

zugeben. Dieses Recht auf das sogenannte stellvertretende commodum ist namentlich während des Krieges gegenüber den vielen durch Enteignung herbeigeführten Fällen von Unmöglichkeit der Leistung für den Gläubiger wertvoll gewesen¹⁾.

Anlangend die Beweislast, so muß der sich auf seine Befreiung berufende Schuldner sowohl dartun, daß die Leistung unmöglich geworden ist, als auch, daß die Unmöglichkeit auf einem von ihm nicht zu vertretenden Umstand beruht (§ 282).

b) Hat der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten, so bewirkt sie für ihn keine Befreiung von der Verbindlichkeit, sondern er muß nach § 280 Abs. 1 an Stelle der nicht erbringbaren Leistung Schadensersatz bezahlen. Ist die Unmöglichkeit nur eine teilweise, so verwandelt sich das Schuldverhältnis in teilweise Leistungs- und teilweise Schadensersatzpflicht; doch kann der Gläubiger, wenn er sein mangelndes Interesse an dem möglich gebliebenen Leistungsteil dartut, diesen ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen (§ 280 Abs. 2 Satz 1)²⁾. Der Anspruch auf Schadensersatz nimmt dem Gläubiger nicht den vorhin erwähnten Anspruch auf das stellvertretende commodum; doch muß er sich dessen Wert auf den erlittenen Schaden anrechnen (§ 281 Abs. 2).

Während dem Gläubiger, wie wir wissen, nach § 282 der Beweis erspart ist, daß der Schuldner die Leistungshindernisse zu vertreten habe, ist der Nachweis der Leistungshindernisse selbst von demjenigen zu erbringen, der sich auf sie beruft: also vom Gläubiger, wenn er in Kenntnis der Unmöglichkeit der Leistung von vornherein auf Schadensersatz statt auf Erfüllung klagt. Aber auch dieser Beweislast kann sich der Gläubiger dadurch entziehen, daß er, unbekümmert um die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung, sein Klagebegehren auf den ursprünglichen Schuldgegenstand richtet und nach Rechtskraft des Urteils von dem ihm durch § 283 verliehenen Fristsetzungsmittel Gebrauch macht, oder daß er bei gegenseitigen Verträgen sich zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruches des vom § 326 vorgezeichneten Weges bedient³⁾.

2. Bei der Frage nach dem Einfluß der schuldnerischen Leistungsunmöglichkeit auf die Gegenleistungspflicht des Gläubigers sind die Fälle auseinander zu halten, wo die Unmöglichkeit von keiner der Parteien, wo sie vom Gläubiger selbst und wo sie vom Schuldner zu vertreten ist.

a) Ist die Unmöglichkeit weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertreten, ist sie also in jedem Sinne eine zufällige, so wird zufolge des funktionellen Synallagmas in demselben Maße, wie der Schuldner von seiner Leistungspflicht, der Gläubiger von seiner Gegenleistungspflicht frei (§ 323 Abs. 1). Für den Fall der teilweisen Leistungsunmöglichkeit bedeutet das insbesondere, daß der

¹⁾ Darin liegt bereits ausgesprochen, daß unter dem „Ersatz“ des § 281 auch der Kaufpreis zu verstehen ist, den der Schuldner von dem Dritten erlangt, an den er die dem Gläubiger geschuldete Sache veräußert hat. Ob der Gläubiger ein Recht auf diesen Kaufpreis habe, war in den ersten Jahren des BGB. bestritten. Ich selbst habe die Frage in meiner Unmöglichkeit der Leistung S. 117 bejaht, habe aber diese Ansicht gegenüber der auf die Wortbedeutung von „Ersatz“ gegründeten Gegenmeinung von KIRSCH (Unmöglichkeit der Erfüllung S. 198f.) nicht aufrechterhalten zu können geglaubt (Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 45, S. 380). Angesichts der praktischen Notwendigkeit, die sich während der dreißigjährigen Geltungszeit des Gesetzes für einen Anspruch des Gläubigers auf Auskehrung des Kaufpreises herausgestellt hat, muß ich an dem ursprünglich von mir vertretenen Standpunkt festhalten. Siehe dazu Reichsgericht, Entsch. Bd. 105 S. 89f. in Abweichung von Bd. 91 S. 260. — Zu der interessanten Frage, ob die Vorschrift des § 281 auch auf dingliche Ansprüche anwendbar sei, verweise ich auf R.G. Bd. 105 S. 84 einerseits und R.G. Bd. 115 S. 31 andererseits. In diesem Meinungsstreit zwischen dem früheren 6. und dem 4. Zivilsenat ist dem (die Frage verneinenden) Standpunkt des letzteren beizutreten. Vgl. auch meine Anmerkung zu der Entscheidung des 1. Zivilsenats in Jurist. Wochenschrift 1928 S. 2016.

²⁾ Über die Bedeutung des § 280 Abs. 2 Satz 2 vgl. die entsprechenden Ausführungen beim Verzug oben S. 76.

³⁾ Vgl. wiederum S. 76.

Gläubiger von seiner Gegenleistungspflicht nur teilweise befreit wird: er muß also den möglich gebliebenen Teil der Leistung bezahlen, auch wenn er kein Interesse an ihm hat. Macht der Gläubiger von seinem Rechte auf das stellvertretende commodum Gebrauch, so erhöht sich seine Gegenleistungspflicht nicht, wenn das commodum den ursprünglichen Leistungsgegenstand an Wert übertrifft; aber sie mindert sich, wenn es an Wert hinter ihm zurückbleibt (§ 323 Abs. 2). Soweit nach diesen Regeln die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners nicht zu einem Wegfall, sondern nur zu einer Reduktion der Gegenleistungspflicht des Gläubigers führt, wird die Höhe des vom Gläubiger zu zahlenden Entgelts (x) dadurch gewonnen, daß das ursprünglich geschuldete Entgelt in dem Verhältnis herabgesetzt wird, in dem zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses der Wert der ursprünglichen Leistung des Schuldners zu dem Werte des commodum bzw. der möglich gebliebenen Teilleistung gestanden haben würde (x: Entgelt = commodum : Leistung)¹). Hat der Gläubiger die ihm nach dem anfänglichen Obligationsinhalt obliegende Gegenleistung infolge von Unkenntnis der schuldnerischen Leistungsunmöglichkeit an den Schuldner abgeführt, so kann er sie in dem Umfang, als er auf Grund des hier Gesagten von seiner Verbindlichkeit frei geworden ist, vom Gegner nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern — ein nach der Kondiktionenlehre sich von selbst verstehender, vom Gesetzbuch aber in § 323 Abs. 3 besonders ausgesprochener Satz.

Wie ersichtlich, legt der § 323 dem Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrag generell die Gefahrtragung bis zum Zeitpunkt der Erfüllung auf: zwar büßt durch die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch ein, aber er erspart dafür auch die von ihm zu erbringende Gegenleistung; dem Schuldner hingegen geht der noch in seinem Vermögen befindliche Leistungsgegenstand und überdies der Anspruch auf die Gegenleistung verloren²).

Die Verteidigung des vom Schuldner auf die Gegenleistung verklagten Gläubigers, er brauche nicht zu leisten, da die Leistung des Klägers unmöglich geworden sei, darf nicht mit der früher besprochenen *exceptio non adimpleti contractus* verwechselt werden. Sie unterscheidet sich von ihr schon durch die andersartige Rechtsform: die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bedeutet nur ein des Vorschützens durch den Beklagten bedürftiges Leistungsverweigerungsrecht; die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners hingegen befreit den Gläubiger ipso jure von der Gegenleistungspflicht. Aber auch inhaltlich besagt jene Einwendung des verklagten Gläubigers etwas wesentlich anderes als die *exceptio non adimpleti contractus*: mittels der letzteren bringt der Beklagte zum Ausdruck, daß er noch nicht leistungspflichtig sei, weil auch der Kläger noch nicht geleistet habe; mit der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit des Klägers hingegen macht der Beklagte geltend, daß, wie der Kläger, so auch er von der Leistungspflicht frei sei (*exceptio non adimplebilis contractus*). Darum sind auch die Wirkungen beider Verteidigungsarten völlig verschieden: die Einrede des nicht erfüllten Vertrags führt nur zur eingeschränkten Verurteilung; der Einwand¹ des nicht erfüllbaren Vertrags hingegen zur Klagabweisung. Und während gegenüber der *exceptio non adimpleti contractus* der Kläger den Beweis für die bewirkte oder nicht geschuldete Vorleistung zu erbringen hat, muß der seine Befreiung von der Gegenleistung behauptende Beklagte seinerseits die Unmöglichkeit der klägerischen Leistung beweisen.

b) Wenn der Gläubiger die schuldnerische Leistungsunmöglichkeit zu vertreten hat, so befreit sie zwar den Schuldner, als eine für ihn zufällige, nach § 275

¹) Über die Entgeltsermittlung in einzelnen Spezialfällen vgl. § 323 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 472, 473.

²) Vgl. hierzu oben § 5 Anm. 1 (S. 15).

von der Leistungspflicht, aber nach § 324 Abs. 1 Satz 1 nicht den Gläubiger von der Gegenleistungspflicht. Der Schuldner behält also trotz eigener Nichterfüllung den Entgeltsanspruch. Das würde zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des Schuldners da führen, wo dieser zufolge der Unmöglichkeit seiner Leistung etwas erspart (z. B. im Entgelt inbegriffene Transportkosten oder Zutaten; Arbeitslohn für Hilfspersonen, deren er zur Leistungsbewirkung bedurft hätte; eigene Arbeitskraft, die für anderweite Erwerbszwecke frei wird). Da die Rechtsordnung keinen Anlaß hat, dem Schuldner auf Kosten des Gläubigers zu solchem unberechtigten Gewinn zu verhelfen, bestimmt sie in § 324 Abs. 1 Satz 2, daß sich der Schuldner dasjenige anrechnen muß, „was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt“.

Nach § 324 Abs. 2 greifen die gleichen Rechtsfolgen, wie sie für den Fall der vom Gläubiger zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit vorgesehen sind, ein, wenn die Unmöglichkeit der schuldnerischen Erfüllung zwar nicht vom Gläubiger verschuldet, sondern auch für ihn eine zufällige ist, sie aber in einem Zeitpunkt eintritt, in dem der Gläubiger sich im Verzug der Annahme befindet.

e) Da der Schuldner, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat, schadensersatzpflichtig ist (§§ 280, 325 Abs. 1), so entspricht es an sich der juristischen Logik, auch den Gläubiger an der Gegenleistungspflicht festzuhalten. Aber man streitet darüber, ob der Gläubiger, der, sei es wegen totaler, sei es wegen teilweiser Unmöglichkeit Schadensersatz zu beanspruchen habe, nicht billigerweise berechtigt sein müsse, die Gegenleistung einzubehalten und lediglich die Differenz zwischen dem erlittenen Schaden und der ersparten Gegenleistung zu fordern. Wir haben die Kontroverse schon in der Verzugslehre behandelt und können darum auf das dort über die Surrogations- und Differenztheorie Gesagte verweisen. Und wie gegenüber dem Verzug des Schuldners, so kann auch gegenüber dessen Leistungsunmöglichkeit der Gläubiger ein Interesse daran haben, sich der Gegenleistungspflicht selbst in der Form der Entgeltsanrechnung zu entschlagen. Er kann deshalb wie dort so auch hier vom Vertrag „zurücktreten“, und zwar bei totaler Unmöglichkeit ohne weiteres, bei teilweiser nur, wenn er sein mangelndes Interesse an der teilweisen Erfüllung des Schuldverhältnisses beweist (§ 325 Abs. 1 Satz 1 und 2). Ohne diese Voraussetzung steht ihm höchstens ein teilweises Rücktrittsrecht und auch dieses nur dann zu, wenn sich aus der Natur des Vertrags ergibt, daß er sich in selbständige, einer isolierten Auflösung fähige Teile zerlegen läßt. Auf das kraft Gesetzes eingreifende Rücktrittsrecht finden wiederum die Vorschriften vom vertragsmäßigen Rücktrittsrecht entsprechende Anwendung (§ 327 Satz 1)¹⁾. Neben dem eigentlichen Rücktrittsrecht hat der Gläubiger bei der schuldnerischen Leistungsunmöglichkeit noch ein anderes Mittel, vom Schuldvertrag ganz oder teilweise loszukommen. Er kann verlangen, daß die Verantwortlichkeit des Schuldners für die Unmöglichkeit der Erfüllung ignoriert werde, und durch solche Erklärung die Rechtslage herstellen, die im Falle der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung ipso jure eintritt: d. h. er kann sich gegen Bewirkung der entsprechend geminderten Gegenleistung auf die Forderung des stellvertretenden commodum oder des möglich gebliebenen Leistungsteiles beschränken, und er kann bei totaler Leistungsunmöglichkeit oder — wie man hier wird hinzufügen müssen — gegenüber einer möglichen Teilleistung, an der er kein Interesse hat, sich darauf berufen, daß er vom Schuldner nichts haben, aber auch seinerseits nichts leisten wolle (§ 325 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit § 323).

¹⁾ Oben § 21 unter 2 und 3 (S. 55).

§ 32. Der Verzug des Gläubigers.

Literatur: HIRSCH, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug (Leipzig 1895); MUNK, Wesen und Voraussetzung der mora creditoris (Berlin 1898). Zu der schwierigen Abgrenzung von Annahmeverzug und Unmöglichkeit der Leistung vgl. TRAUTMANN, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug in Gruchots Beitr. Bd. 59 S. 434ff. und OERTMANN im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 116 S. 1ff.

Die Obligation begründet, wie schon in der Einleitung betont wurde, einen Anspruch des Gläubigers auf Bewirkung, aber regelmäßig keinen Anspruch des Schuldners auf Annahme der Leistung. Wohl aber kann der Gläubiger durch Nichtannahme in Annahmeverzug verfallen und dadurch seine rechtliche Position verschlechtern. Die grundverschiedene Stellung, die der Gläubiger und der Schuldner im Schuldverhältnis haben, bringt es mit sich, daß der Annahmeverzug des Gläubigers keine Parallele zum Leistungsverzug des Schuldners bildet, sondern in seinen Voraussetzungen und Wirkungen von andersartigen Rechtssätzen beherrscht wird.

1. Was zunächst die Voraussetzungen angeht, so ist Annahmeverzug keinesfalls ohne Leistungsfähigkeit des Schuldners denkbar: es dürfen also der Erfüllung der Obligation außer der mangelnden Mitwirkung des Gläubigers nicht noch andere Hindernisse im Wege stehen. Schuldnerische Unmöglichkeit der Leistung in dem bisher besprochenen technischen Sinne und Annahmeverzug des Gläubigers schließen sich demnach aus (§ 297)¹). Des weiteren muß der Schuldner die ihm mögliche Leistung dem Gläubiger angeboten haben, und zwar für gewöhnlich realiter, d. h. durch Präsentation „so, wie sie zu bewirken ist“, also in quantitativer und qualitativer Vollständigkeit, am gehörigen Orte und zu verkehrsüblicher Stunde (§ 294); in gewissen Fällen, namentlich bei im voraus erklärter Annahmeverweigerung des Gläubigers und bei Holschulden, reicht ein wörtliches Angebot (Verbalofferte) des Schuldners aus, das auch in die Aufforderung an den Gläubiger, die seinerseits erforderliche Handlung vorzunehmen, gekleidet werden kann (§ 295); ja mitunter bedarf es nicht einmal eines wörtlichen Angebots, sondern genügt statt dessen die bloße Leistungsbereitschaft (§ 296). Und drittens gehört zum Gläubigerverzug die Nichtannahme der schuldnerischen Leistung.

Letzteres Moment ist juristisch am schwersten greifbar. Wohl ist man sich darüber einig, daß die Nichtannahme keine schuldhafte oder gar böswillige zu sein braucht: die mora accipiendi knüpft anders als die mora solvendi an das objektive Verhalten des in Verzug Geratenden an. Auch ist durch positive Gesetzesvorschrift klargestellt, daß vorübergehende Empfangshinderung nicht unter allen Umständen eine verzugsbegründende Nichtannahme bedeutet und daß umgekehrt Annahmehbereitschaft ohne Bereitwilligkeit zur Bewirkung der geschuldeten Gegenleistung der Nichtannahme gleichsteht (§§ 298, 299). Und doch bleibt noch immer eine große Reihe von Zweifelsfragen übrig. Wenn der Arbeiter morgens an der Arbeitsstätte erscheint und nicht arbeiten kann, weil eine Feuersbrunst die Fabrikräume zerstört hat oder der Betrieb infolge Kohlenmangels stillgelegt worden ist, liegt dann auf seiten des Arbeitgebers Annahmeverweigerung hinsichtlich ihm angebotener Dienste oder auf seiten des Arbeitnehmers Unmöglichkeit der Leistung vor? Richtigerweise wird man den Begriff der Annahmeverweigerung dahin auszudehnen haben, daß er alle Fälle umfaßt, wo es der Gläubiger unterläßt, diejenigen Voraussetzungen für die Leistungsbewirkung herzustellen, die zu beschaffen ihm nach dem Obligationsinhalt obliegt — wobei die Frage, welche Leistungsvoraussetzungen in diesem Sinne der Sphäre des Gläubigers angehören, von der den Obligationsinhalt auch im übrigen beherrschenden Verkehrsanschauung zu beantworten

¹) Denkbar ist aber natürlich, daß die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung während des Annahmeverzugs des Gläubigers eintritt. Dann hört von diesem Augenblick an der Gläubiger auf, in Verzug zu sein, ohne daß dadurch der gewesene Annahmeverzug aus der Welt geschafft würde. Vgl. auch vorhin S. 81.

ist, so daß diese es ist, die in letzter Linie über die Abgrenzung von gläubigerischem Annahmeverzug und schuldnerischer Unmöglichkeit der Leistung entscheidet.

2. Die Wirkung des Annahmeverzugs besteht nicht in der Aufhebung, sondern in der Abschwächung der Leistungspflicht des Schuldners: letzterer bleibt zwar auf den Schuldgegenstand verhaftet, aber unter erleichterten Modalitäten. Diese Erleichterungen sind uns zum Teile schon bekannt: dem Schuldner erwächst aus dem Annahmeverzug die Befugnis zur Hinterlegung, zum Selbsthilfeverkauf bzw. bei geschuldeten Grundstücken zur Aufgabe des Besitzes, und es verschiebt sich mit dem Eintritt des Gläubigerverzugs die Gefahrtragung, indem bei Gattungsschulden die Nichtannahme der angebotenen Leistung die Verwandlung in eine Speziesschuld herbeiführt und bei gegenseitigen Verträgen der Schuldner auch gegenüber einer jetzt eintretenden zufälligen Unmöglichkeit der Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung behält¹). Für die Dauer des Annahmeverzugs entfällt ferner die Zinspflicht des Schuldners (§ 301); hat er statt jedes Verschulden nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 300 Abs. 1) und haftet er, soweit Verpflichtungen zur Herausgabe von Früchten in Frage sind, nur für fructus percepti und nicht auch für fructus percipiendi (§ 302). Eine natürliche Folge der auf seiten des Gläubigers fehlenden Annahmepflicht ist es, daß ein Ersatzanspruch wegen jeden Verzugs Schadens, wie ihn der Gläubiger gegen den säumigen Schuldner hat, dem Schuldner gegen den sich im Verzug befindenden Gläubiger nicht zusteht. Immerhin berechtigt der Annahmeverzug des Gläubigers den Schuldner, Ersatz der Mehraufwendungen zu verlangen, „die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte“ (§ 304).

§ 33. Änderungen kraft Vertrags, insbesondere die Vertragsstrafe.

Literatur: P. KLEIN, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses (Wien 1907); PERGAMENT, Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältnis zueinander (Berlin 1896).

1. Einfacher als die gesetzlichen gestalten sich die rechtsgeschäftlichen Abänderungen eines Schuldverhältnisses. Die Befugnis zu ihrer Vornahme ist in der den Parteien gewährten Möglichkeit, Schuldverhältnisse mittels Rechtsgeschäftes zu begründen, ohne weiteres enthalten; nur muß, wie die Begründung, so auch die Abänderung grundsätzlich — soweit also nicht das Gesetz oder, wie hier hinzuzufügen ist, eine wirksam getroffene Vereinbarung Abweichungen gestattet — durch zweiseitiges Rechtsgeschäft, d. h. durch Vertrag erfolgen (§ 305). Es ist eine Interpretationsfrage des einzelnen Falles, ob die Parteien durch ihren Vertragsschluß wirklich eine bestehende Obligation haben abändern oder nicht vielmehr neben sie oder an ihre Stelle eine neue Obligation haben setzen wollen. War zur Begründung des Schuldverhältnisses, um dessen Abänderung es sich handelt, die Beobachtung einer besonderen Form erforderlich, so hängt es vom Zwecke der, sei es vom Gesetz, sei es von den Parteien geschaffenen Formvorschrift und vom Inhalt des Abänderungsvertrages ab, ob letzterer ebenfalls formbedürftig ist. Die Änderung der Obligation kann sich auf den Gegenstand, die Zeit oder den Ort der Leistung beziehen. Soweit sie die Verbindlichkeit des Schuldners erweitert, gehört sie zu den Verpflichtungsgeschäften, soweit sie sie einschränkt, zu den Verfügungsgeschäften; sie kann also gegebenenfalls beides zugleich sein. Als Verfügungsgeschäft wirkt sie ipso jure zugunsten des Schuldners und nicht erst per exceptionem; das gilt auch von der wichtigsten Schuldabänderung, nämlich von der Stundung, deren Wirkung häufig, aber zu Unrecht in der Literatur als Einrede der Stundung bezeichnet wird.

2. Nicht selten vereinbaren die Parteien eine bedingte Schuldabänderung in der Weise, daß der Schuldner eine besondere Leistung für den Fall verspricht, daß er seiner ursprünglichen Leistungspflicht nicht nachkommt. Dann reden Doktrin und Gesetzgebung von einer Vertragsstrafe. Die bedingte Verschärfung des

¹) Oben S. 15, 64f., 81; BGB. §§ 300 Abs. 2, 303, 324, 372, 383.

Schuldverhältnisses, die hier verabredet wird, hat teils einen Pressionszweck, indem sie den Schuldner zur pünktlichen Erfüllung der Obligation anhalten soll, teils ist sie bestimmt, dem Gläubiger bei Nichterreichung dieses Zweckes die detaillierte Berechnung des ihm erwachsenen Schadens zu ersparen. Die Vertragsstrafe kann in einer Geldsumme oder in einem anderen Gegenstand bestehen; sie kann zu jedweden Schuldverhältnis hinzutreten und findet sich besonders häufig bei solchen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind: nur muß natürlich, was § 344 zum Überfluß hervorhebt, das zu bestärkende Schuldverhältnis rechtsgültig sein; denn eine gültige Vertragsstrafe bei Ungültigkeit des zu sichernden Forderungsrechtes ist mit ihrem akzessorischen, schuldabändernden Charakter unvereinbar und würde überdies die vom Gesetz mit der Nichtigkeit der Obligation verfolgten Absichten vereiteln. Die Parteien haben es in der Hand, eine Vertragsstrafe bloß für den Fall der Nichterfüllung oder auch schon für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung festzusetzen. Ebenso ist auch die Höhe der Strafe grundsätzlich ihrem freien Belieben überlassen: nur ist hier einmal die Schranke zu beachten, die § 138 den unsittlichen Verträgen zieht, und sodann kann nach § 343 Abs. 1 eine Strafe, die, ohne gerade unsittlich zu sein, doch „unverhältnismäßig hoch“ ist, vor ihrer Entrichtung, aber erst nach ihrer Verwirkung auf Antrag des Schuldners durch richterliches Gestaltungsurteil auf den „angemessenen“ Betrag reduziert werden¹⁾.

Die Verwirkung der Strafe, also den *casus poenae* läßt das Gesetz mit dem Verzug des Schuldners, bei Unterlassungsverbindlichkeiten mit dem Zuwiderhandeln eintreten. Diese Bestimmung der §§ 339, 342 wird von der herrschenden Lehre mit Unrecht im Sinne einer unterschiedlichen Behandlung der positiven und der negativen Schuldverhältnisse ausgelegt. Vielmehr will sie offenbar für beide zum Ausdruck bringen, daß die Strafe nur durch eine vom Schuldner zu vertretende Vertragsverletzung, also regelmäßig nur durch sein Verschulden ausgelöst werden soll. Etwas Besonderes gilt für das auf ein Unterlassen gerichtete Forderungsrecht bloß insofern, als hier der Gläubiger die Zuwiderhandlung des Schuldners zu beweisen hat, während es sonst für die Geltendmachung der Konventionalstrafe bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen bewendet, daß die Beweislast hinsichtlich der Erfüllung bzw. der schuldlosen Nichterfüllung beim Schuldner liegt (§ 345).

Das Maß der durch die Strafverwirkung herbeigeführten Änderung des Schuldverhältnisses wird vom Gesetz dahin geregelt, daß der Gläubiger nur entweder Erfüllung oder Strafe verlangen kann, wenn letztere für den Fall der Nichterfüllung versprochen ist; daß er hingegen Erfüllung und Strafe verlangen kann, wenn letztere für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung versprochen ist. Einen eventuellen Schadensersatzanspruch schließt die Verfolgung des Strafanspruchs nur dann aus, wenn als Strafe ein anderer Gegenstand als Geld ausbedungen ist; doch muß sich der Gläubiger da, wo ihm der Schadensersatzanspruch neben dem Strafanspruch verbleibt, die empfangene Strafsumme auf den erlittenen Schaden anrechnen (§§ 340—342).

Neben der hier skizzierten Vertragsstrafe kommen im Leben auch Strafversprechen für Handlungen vor, zu deren Nichtvornahme keinerlei Verpflichtung bestand. So etwa, wenn ein Mieter, ohne an eine bestimmte Mietzeit kontraktlich gebunden zu sein, seinem Vermieter eine Pönalsumme zugesichert hätte für den Fall, daß er vor Ablauf von drei Jahren von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen würde. Vereinbarungen solcher Art sind, sofern sie nicht der Umgehung des § 344 dienen, natürlich wirksam und obwohl es sich bei ihnen um Vertragsstrafen im technischen Sinne nicht handelt, hat das Gesetzbuch doch auf sie die Bestimmung für anwendbar erklärt, daß der Richter eine unverhältnismäßig hohe Strafe nach ihrer Verwirkung auf den angemessenen Betrag herabsetzen kann (§ 343 Abs. 2).

¹⁾ Nach § 348 HGB. erstreckt sich das richterliche Ermäßigungsrecht nicht auf Vertragsstrafen, die von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes versprochen werden.

Fünftes Kapitel.

Wechsel in den Subjekten des Schuldverhältnisses.

§ 34. Die Übertragung von Forderungen.

Literatur: H. SCHUMANN, Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht (Heft 37 der von ERNST HEYMANN herausgegebenen Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht; Marburg 1924); DERSELBE, Artikel „Abtretung“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929); LÖBL, Die Geltendmachung fremder Forderungen im Arch. f. civil. Praxis, Neue Folge, Bd. 9 S. 257ff.; Bd. 10 S. 1ff.; HÖNIGER, Diskontierung von Buchforderungen (Mannheim 1922).

1. Von dem uns hier nicht interessierenden Falle der Erbfolge abgesehen, banden die Römer die Obligation an die Subjekte, in deren Person sie entstanden war, und konnten darum das Bedürfnis nach einem Gläubigerwechsel, wo es auftauchte, nur mittels eines Umwegs befriedigen. Aber schon im gemeinen Rechte war es herrschende Lehre, daß eine Forderung wie ein objektiviertes Vermögensestück von Hand zu Hand gehen könne, und für unser modernes Rechtsempfinden bringt das Gesetzbuch nur etwas Selbstverständliches zum Ausdruck, wenn es in § 398 die Übertragbarkeit der Forderung anerkennt. Immer aber handelt es sich bei dem heute als Forderungsübertragung, im Pandektenrecht als Zession bezeichneten Vorgang um einen Übergang des einzelnen Forderungsrechtes, nicht um einen Übergang des zwischen zwei Personen begründeten Schuldverhältnisses in seiner Totalität: der Architekt kann im Wege der Zession wohl seinen Honoraranspruch gegen den Bauherrn, aber nicht seine gesamte werkvertragliche Rechtsstellung dergestalt auf einen anderen übertragen, daß dieser nunmehr auch die Architektenarbeit schuldet. Solcher Effekt ließe sich vielmehr nur mittels einer Kombination von Zession und Schuldübernahme erreichen.

2. Unerläßliche Voraussetzung des wirksamen Forderungserwerbes in der Person des Zessionars ist natürlich das Bestehen des Forderungsrechtes in der Person des Zedenten. Das Gesetzbuch befähigt zwar im Sachenrecht durch das Institut des gutgläubigen Erwerbs auch den Nichteigentümer unter Umständen zur Übertragung des Eigentums. Aber eine Ausdehnung dieses Rechtsgedankens auf die Veräußerung von Forderungen wäre weder rechtspolitisch gutzuheißen, noch technisch überhaupt durchführbar. Nur in ganz wenigen, vorsichtig ausgewählten Ausnahmefällen läßt das Gesetz den redlichen Zessionar Leistungsansprüche erwerben, die dem Zedenten selbst nicht zustanden: wenn der Schuldner über eine simulierte und darum nichtige Forderung eine Urkunde ausgestellt hat (§ 405) und wenn der durch einen Erbschein legitimierte falsus heres eine zum Nachlaß gehörige Forderung abtritt (§ 2366).

Das heutzutage geltende Prinzip der Übertragbarkeit der Forderung bedarf einiger in der Natur der Sache liegenden Einschränkungen. Einmal gibt es Schuldverhältnisse (man denke an den Anspruch auf die Dienste des Hausangestellten), deren Inhalt sich nach der Persönlichkeit des Gläubigers richtet und für die darum der Gläubigerwechsel nicht gestattet werden kann, weil er zugleich eine inhaltliche Veränderung der Schuldverbindlichkeit bedeuten würde (§ 399). Es gibt sodann Schuldverhältnisse, wo der Leistungsinhalt selbst zwar unabhängig von der Individualität des einzelnen Gläubigers ist, wo aber die Parteien dennoch ein Interesse daran haben, die Forderung nicht in andere Hände kommen zu lassen und wo sie darum die Unübertragbarkeit von sich aus vereinbaren (§ 399). Drittens sprechen dieselben sozialpolitischen Erwägungen, die den Gesetzgeber veranlassen, gewisse Forderungen der Pfändung zu entziehen, dafür, sie auch von der Zedierbarkeit auszuschließen (§ 400). Und endlich tauchen an verschiedenen Stellen des Privatrechtssystemes Forderungen auf, deren Gegenstand zwar unpersönlich ist, deren Zweck

aber höchstpersönlichen Charakter hat (z. B. Forderungen auf eine Bußsumme, auf eine Aussteuersumme) und bei denen deshalb jedesmal besonders bestimmt ist, daß sie nicht abgetreten werden können (vgl. etwa §§ 717 Satz 1, 847, 1300, 1427 Abs. 2, 1585 Abs. 1) 1623). In allen vier Gruppen von Fällen ist die dem Gesetz zuwider vorgenommene Zession nichtig, mit dem auch hier dem Schutze des redlichen Erwerbers dienenden Vorbehalt, daß wenn der Schuldner über seine Schuld eine den vertragsmäßigen Ausschluß der Abtretung nicht offenbarende Urkunde ausgestellt hat, er sich auf die Ungültigkeit der unter Vorlage der Urkunde erfolgten Abtretung demjenigen Zessionar gegenüber nicht berufen kann, der die Unvollständigkeit der Urkunde weder kannte noch kennen mußte (§ 405)

Die Betagtheit oder Bedingtheit einer Forderung steht der Übertragbarkeit selbstverständlich nicht im Wege. Eine andere Frage ist es, ob auch solche Forderungen schon übertragen werden können, für die ein rechtlicher Grund noch nicht gelegt ist, mit deren künftiger Entstehung aber gerechnet werden wird. Ihre antizipierte Übertragung wird man zulassen müssen, wenn sie in ihrer Individualität ausreichend bestimmbar sind (es zediert beispielsweise ein Schriftsteller, der ein Manuskript vollendet hat, die ihm aus dem darüber abzuschließenden Verlagsvertrag erwachsende Honorarforderung; oder der Eigentümer eines noch nicht ganz fertiggestellten Hauses tritt jetzt schon die Mietzinsforderungen ab, die er später zu erwerben hofft). Es kommt dann die Forderung nur gedanklich in der Person des Zedenten zur Entstehung: denn in dem Moment, wo sie existent wird, geht sie auf den Zessionar über¹⁾.

3. Die Zession vollzieht sich durch formlosen Vertragsschluß zwischen Zedenten und Zessionar²⁾. Eine Mitwirkung des Schuldners beim Übertragungsakt, insbesondere seine Zustimmung zu ihm, ist nicht erforderlich. Denn wo der Schuldner ein berechtigtes Interesse am Unterbleiben des Gläubigerwechsels hat, läßt das Gesetz, wie wir sahen, letzteren nicht eintreten; in allen anderen Fällen hat er kein schutzwürdiges Interesse daran, einen bestimmten Gläubiger zu behalten. Auch eine Kenntnis des Schuldners von der erfolgten Zession ist zum Forderungserwerb des Zessionars nicht notwendig, wenschon sie, wie wir noch sehen werden, nicht ohne Bedeutung für die Geltendmachung der erworbenen Forderung ist.

Der Abtretungsvertrag steht nach seiner juristischen Struktur auf einer Stufe mit der Einigung bei der Eigentumsübertragung. Er ist also ein abstraktes Verfügungsgeschäft, dem eine sehr verschiedenartige causa zugrunde liegen kann: die Zession vermag der Darlehnsbegründung, der Schuldtilgung, Schenkungs-, Treuhänder-, Sicherungs- und anderen Zwecken zu dienen. Zufolge ihrer abstrakten Natur ist sie von ihrem Kausalgeschäft in der früher geschilderten Weise unabhängig, so daß ein Mangel dieses Geschäfts nicht die Ungültigkeit der Zession zur Folge zu haben braucht, sondern für gewöhnlich nur einen Anspruch auf Rückzedierung der übertragenen Forderung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung begründet. Meistens liegt der Zession ein zwischen altem und neuem Gläubiger abgeschlossener Kaufvertrag über die Forderung zugrunde. Dann können beide Geschäfte, da sie formlos zustande kommen, zeitlich zusammenfallen, was nicht den Blick für ihre begriffliche Verschiedenheit trüben darf, derzufolge die Zession sich als Erfüllung des im Kaufvertrag enthaltenen pactum de cedendo darstellt. Als Verfügungsgeschäft erzeugt die Forderungsübertragung (abgesehen von den in §§ 402, 403 aufgezählten Nebenverpflichtungen formaler Natur) keinerlei Verbindlichkeiten des Zedenten: darum gehört die Frage, ob der alte Gläu

¹⁾ Die Zession künftiger Forderungen hat (innerhalb der oben angedeuteten Schranken) auch in der Praxis Anerkennung gefunden. Nachweise aus der Judikatur des Reichsgerichts im Kommentar der Reichsgerichtsräte I § 398 unter 2, S. 601.

²⁾ Über die Formerfordernisse bei der Abtretung einer durch Hypothek gesicherten Forderung ist im Sachenrecht zu handeln.

biger dem neuen Gläubiger für den rechtlichen Bestand der Forderung oder gar für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners hafte, nicht der Lehre von der Zession an, sondern beurteilt sich nach den das betreffende Grundgeschäft regelnden Rechtssätzen¹⁾.

4. Die Wirkung der Zession besteht im Übergang der Forderung: der alte Gläubiger verliert letztere mit dem Moment des Vertragsschlusses und der neue Gläubiger tritt an seinen Platz. Und zwar geht die Forderung so auf den Zessionar über, wie der Zedent sie besessen hat. Der neue Gläubiger erwirbt sie infolgedessen mit allen ihr anhaftenden Vorzügen, nämlich mit allen für sie bestellten Hypotheken, Pfandrechten, Bürgschaften und den ihr zugehörigen exekutions- und konkursrechtlichen Privilegien (§ 401)²⁾. Er erwirbt sie aber auch mit allen ihr anhaftenden Mängeln: es kann also der Schuldner, der ja am Zessionsgeschäft völlig unbeteiligt ist und darum unter ihm nicht leiden darf, dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen, die im Augenblick der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren (§ 404). Ja, innerhalb der vom § 406 gezogenen Schranken vermag der Schuldner dem Zessionar gegenüber sogar mit solchen gegen den Zedenten erworbenen Forderungen aufzurechnen, die erst nach der Abtretung entstanden oder kompensabel geworden sind. Daß er sich überdies des Zessionars mit allen ihm gegen diesen persönlich zustehenden Verteidigungsmitteln zu erwehren berechtigt ist, begreift sich von selbst.

Mit der Erhaltung der ihm aus dem Schuldverhältnis erwachsenen Einreden ist für den Schutz des Schuldners gegenüber dem Gläubigerwechsel noch nicht genügend gesorgt. Denn da der Zessionsakt ohne sein Wissen vor sich geht oder doch wenigstens vor sich gehen kann, so muß der Schuldner einmal vor Schaden bewahrt bleiben, wenn er irrtümlich noch an den alten Gläubiger leistet; er darf ferner in dem umgekehrten Falle, wo er durch den Zedenten von dem Zessionsgeschäft Kenntnis erlangt und infolgedessen an den neuen Gläubiger gezahlt hat, keinen Nachteil erleiden, wenn sich hinterher die Unwirksamkeit jenes Geschäfts und damit die mangelnde Gläubigereigenschaft des Zessionars herausstellt; und es ist dem Schuldner endlich die Zwangslage zu ersparen, seinerseits die Gültigkeit des Zessionsvorganges prüfen oder gar beweisen zu müssen. Diesem dreifachen Sicherungsbedürfnis hat das Gesetzbuch durch folgende Vorschriften Genüge getan:

a) Der neue Gläubiger muß Leistungen, die der Schuldner in Unkenntnis von der Zession an den alten Gläubiger bewirkt hat, und sonstige zwischen Zedentem und redlichem debitor cessus in Ansehung der Forderung vorgenommene Rechtsgeschäfte (einschließlich geführter Prozesse) gegen sich gelten lassen (§ 407). Und zwar folgt aus der Fassung des Gesetzes, daß die Unkenntnis des Schuldners vermutet wird: der Zessionar hätte also im Streitfall die Kenntnis des Schuldners von der Zession zu beweisen. Wenn das Gesetzbuch die Wendung gebraucht, daß der neue Gläubiger die Leistung an den alten Gläubiger „gegen sich gelten lassen müsse“, so bringt es zum Ausdruck, daß durch die Leistung an den alten Gläubiger der Schuldner befreit und das Schuldverhältnis demgemäß erloschen sei. Die im Schrifttum vertretene Ansicht, daß der Schuldner wählen könne, ob er die an den Zedenten abgeführte Leistung als Erfüllung ansehen oder als indebitum kondizieren wolle,

¹⁾ Wegen der in dieser Beziehung für den Forderungskauf maßgebenden Grundsätze vgl. unten § 41 unter 3b (S. 113f.).

²⁾ Geht auf den Zessionar das Eigentum an den Sachen über, die dem Zedenten zum Zwecke der Sicherung übereignet worden sind? Literatur und Judikatur (MARTIN WOLFF, Sachenrecht, 8. Bearbeitung, 1929, § 163 bei Anm. 18 und die dort zitierte Rechtsprechung des Reichsgerichts) begnügen sich damit, dem Zessionar einen Anspruch gegen den Zedenten auf Eigentumsübertragung einzuräumen. Mir ist es zweifelhaft, ob man nicht unter Überwindung der dagegen sprechenden konstruktiven und juristisch-technischen Bedenken das Eigentum dem Zessionar ohne weiteres zufallen lassen sollte. Die Frage, die ein näheres Eingehen auf die hybride Natur der Sicherungsübereignung erfordern würde, kann hier nicht weiter verfolgt werden.

räumt dem Schuldner Befugnisse ein, die zu besitzen er kein Interesse hat, und trägt dadurch unnütze Komplikationen in eine vom Gesetzgeber einfach gestaltete Rechtslage. Dem Falle, daß der Schuldner infolge mangelnder Kenntnis der Zession an den Zedenten leistet, muß es in Ansehung des Schuldnerschutzes gleichstehen, wenn der Gläubiger die Forderung ohne Wissen des Schuldners zediert, daraufhin die ihm nicht mehr zustehende Forderung noch einmal an einen Dritten zediert und nunmehr der Schuldner an den Dritten leistet. Für die auch hier notwendige Wahrung der Schuldnerinteressen hat das Gesetz in § 408 gesorgt.

b) Eine vom alten Gläubiger dem Schuldner, sei es mündlich, sei es schriftlich, erstattete Anzeige von der Zession gilt zugunsten des letzteren auch dann als wahr, wenn keine oder keine wirksame Forderungsübertragung erfolgt sein sollte (§ 409 Abs. 1)¹⁾. Auch hier wird also der Leistung an den Nichtberechtigten die sonst nur der Leistung an den Berechtigten innewohnende befreiende Wirkung verliehen. Und der Schuldner soll nicht nur objektiv befreit sein, wenn er an die ihm vom Gläubiger als Zessionar bezeichnete Person leistet, sondern er soll auch die subjektive Gewißheit von dieser Befreiung haben. Darum kann die Anzeige des Zedenten „nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist“ (§ 409 Abs. 2).

c) Der Schuldner ist dem Zessionar gegenüber nicht eher leistungspflichtig, als bis er eine urkundliche Mitteilung des Zedenten über die Abtretung in seinen Händen hat (§ 410). Ohne diese Vorschrift könnte es dem Schuldner passieren, daß er auf eine mündliche Zessionsmitteilung des Gläubigers hin an den Zessionar leistete, daß der Gläubiger hinterher die Zessionsmitteilung bestritte, und daß nun der Schuldner beweisen müßte, letztere sei erfolgt und er infolgedessen von seiner Verbindlichkeit befreit. Er hat darum bis zur Sicherung seiner beweisrechtlichen Situation eine dilatorische Einrede, ein vorübergehendes Leistungsverweigerungsrecht. Das Recht, für ihre Dauer wirksam an den Zedenten zu zahlen, wird durch diese Einrede natürlich nicht begründet. Eine spezifische Legitimationswirkung kommt der Präsentation der Urkunde des § 410 nicht zu: der Schuldner ist berechtigt und gegebenenfalls verpflichtet, zu prüfen, ob der Inhaber der Urkunde identisch ist mit demjenigen, der in der Urkunde als neuer Gläubiger bezeichnet ist.

d) Danach ist in der Rechtsstellung des debitor cessus das Dürfen und das Müssen zu unterscheiden: er darf trotz gültigen Gläubigerwechsels an den Zedenten zahlen, solange er von der Zession nichts weiß; er darf an den Zessionar leisten ohne Rücksicht darauf, ob eine Forderungsübertragung wirklich stattgefunden hat oder nicht, wenn der alte Gläubiger ihm die Zession mündlich oder schriftlich angezeigt hat; er muß an den Zessionar leisten, wenn die Zession gültig ist und sie ihm vom alten Gläubiger schriftlich mitgeteilt ist; er darf nicht mehr an den alten Gläubiger leisten, wenn die Zession gültig ist und er von ihr, einerlei auf welche Weise, Kenntnis erlangt hat. Hat der Schuldner Grund, einer von ihm auf anderem Wege als durch Anzeige des alten Gläubigers erlangten Kenntnis von der Zession zu mißtrauen, so kann er von den Rechtsbehelfen Gebrauch machen, die das Gesetz dem sich ohne Fahrlässigkeit über die Person des Gläubigers in Ungewißheit befindlichen Schuldner zur Verfügung stellt und die wir früher kennengelernt haben²⁾.

5. In einzelnen Fällen läßt das Gesetz von sich aus, ohne daß es eines Übertragungsaktes bedarf, Forderungen von einem Gläubiger auf einen anderen übergehen. Ein Beispiel hierfür ist uns bereits im § 268 BGB. begegnet³⁾. Obwohl es hier zu

¹⁾ Das Gesetz fügt hinzu: „Der Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt.“ Es sagt damit letzten Endes etwas etwas Überflüssiges. Denn in der Ausstellung einer solchen Urkunde liegt eine mittelbare Anzeige.

²⁾ Oben S. 63f.

³⁾ Oben S. 60. Vgl. ferner unten § 38 unter 2 (S. 101) und § 39 unter 4 (S. 105); außerdem BGB. §§ 1143, 1225, 1249, 1607, 1709.

einem Gläubigerwechsel ohne Zession kommt (weshalb es auch unangebracht und lediglich irreführend ist, von einer *cessio tacita* oder *cessio legis* zu sprechen), finden doch auf ihn die von der Forderungsübertragung geltenden Rechtssätze, soweit sie anwendbar sind, entsprechende Anwendung (§ 412). Ebenso richtet sich nach ihnen mangels Sondervorschriften die Übertragung anderer als Forderungsrechte, wie z. B. die Veräußerung von dinglichen Ansprüchen oder von Immaterialgüterrechten (§ 413).

Die Notwendigkeit einer bloß entsprechenden Anwendung der zessionsrechtlichen Vorschriften kann sich auch daraus ergeben, daß die Parteien eine nur eingeschränkte Übertragung des Forderungsrechtes vereinbaren, was ihnen bis zu einem gewissen Grade freisteht. Das Gesetz selbst kennt neben der translativen die konstitutive Zession, indem es in den §§ 1069 Abs. 1, 1274 Abs. 1 die Forderungsübertragung mit der Wirkung einer bloßen Nießbrauchs- oder Pfandrechtsbestellung vorsieht. Danach unterliegt es keinem Zweifel, daß der Zedent seine Forderung auch teilweise abtreten kann: damit soll nicht die Selbstverständlichkeit betont sein, daß der Gläubiger, der 10000 zu fordern hat, davon 5000 zu zedieren berechtigt ist, sondern gemeint ist, daß der Gläubiger sein ganzes Forderungsrecht behalten, einen anderen aber auch zum Gläubiger machen, ihm also am Forderungsrecht eine ideelle Quote übertragen kann. Es wird dann durch die Zession ein Fall von Gläubigermehrheit, und zwar im Zweifel die Figur der schlichten Mitgläubigerschaft begründet¹⁾. Möglich ist ferner eine treuhänderische Zession. Hier verliert der Form nach der Zedent die Forderung völlig und der Zessionar wird alleiniger Gläubiger. Aber der Zedent bleibt an der Forderung in stärkstem Maße wirtschaftlich interessiert und dieses Interesse kann die Wirkungen der Zession nicht unbeeinflusst lassen; doch würde die Umschreibung des Maßes dieses Einflusses ein im Rahmen dieser Darstellung nicht mögliches Eingehen auf das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes erfordern. Die fiduziarische Zession kann entweder zu Sicherungszwecken²⁾ oder zu Einziehungszwecken erfolgen. Wo letztere in Frage stehen, kann statt der fiduziarischen Zession eine bloße Einziehungsermächtigung gewählt werden. Hier behält der Zedent nicht nur wirtschaftlich, sondern auch juristisch die Gläubigerstellung und dem Zessionar wird bloß das Recht eingeräumt, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen. Und weil hier der Zedent der alleinige Gläubiger bleibt, kann der Zessionar über die Forderung nicht anderweitig verfügen; der *debitor cessus* kann ohne die Schranken des § 406 mit Forderungen gegen den Zedenten, nicht aber mit Forderungen gegen den Zessionar aufrechnen³⁾.

§ 35. Die Schuldverschreibungen auf den Inhaber.

Literatur: BRUNNER Die Wertpapiere (in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2, Leipzig 1882); E. JACOBI, Die Wertpapiere im Bürgerl. Rechte des Deutschen Reiches (Jena 1901); Derselbe, Das Wertpapier als Legitimationsmittel (Jena 1906); Derselbe, Die Wertpapiere (in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts Bd. 4, I, Leipzig 1917, zugleich 2. Auflage seines zuerst genannten Werkes); Derselbe, Grundriß des Rechts der Wertpapiere (Leipzig 1921).

1. Es gibt Forderungen, die nicht nur übertragen werden können, sondern vom Verkehr geradezu für die Übertragung bestimmt sind und bei denen darum die Rechtsordnung für ein Maß von Begebarkeit sorgen muß, das die Forderung ähnlich zirkulationsfähig macht wie eine Ware. In dieser Richtung wirkt einmal schon äußerlich die Verkörperung der Forderung in einer Urkunde. Doch wird

¹⁾ Unten § 37 unter 3 (S. 99).

²⁾ Wie z. B. bei der Diskontierung von Buchforderungen, die in das Gebiet des Handelsrechts gehört.

³⁾ Vgl. zur Einziehungsermächtigung die Ausführungen des Reichsgerichts in Bd. 117 S. 71f. der Entscheidungen.

damit der Gläubigerwechsel noch nicht von der stärksten der Zession anhaftenden Fessel befreit: daß nämlich der Schuldner alle Einwendungen behält, die er im Zeitpunkt der Zession dem alten Gläubiger entgegensetzen konnte. Und auch wenn die Rechtsordnung dem Schuldner einen wesentlichen Teil dieser Einreden nimmt, ist das höchste erreichbare Maß von Zirkulationsfähigkeit noch nicht gegeben: denn noch immer hängt die liberierende Kraft der schuldnerischen Zahlung davon ab, daß der Urkundenpräsentant sich legitimiert, d. h. seine Identität nachweist mit der in der Urkunde als neuer Gläubiger bezeichneten Person. Zur Überwindung auch dieses weiteren Hemmungsmomentes ist es nötig, daß der Urkundeninhaber als solcher zur Geltendmachung der Forderung in den Stand gesetzt wird. Wo das der Fall ist, spricht man von einer Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Die Schuldverschreibung auf den Inhaber ist ein Wertpapier¹⁾. In diesem Wertpapier gibt sein Aussteller ein abstraktes Schuldversprechen ab. Letzterem liegt also zwar eine causa zugrunde; aber der Gläubiger braucht auf sie bei Geltendmachung der Urkunde nicht zurückzugreifen; inwieweit der Schuldner auf sie zurückgreifen kann, wird noch zu prüfen sein. Gegenstand einer Inhaberschuldverschreibung kann jede Art von Leistung sein; lautet aber ein inländisches Inhaberpapier auf eine bestimmte Geldsumme, so bedarf seine Ausgabe der staatlichen Genehmigung (§ 795 Abs. 1)²⁾. Infolgedessen ist die überwiegende Mehrheit von ihnen genehmigungspflichtig, da die weitaus meisten Inhaberpapiere natürlich Geldpapiere sind. Selbstverständlich sucht kein Schuldner die staatliche Genehmigung nur für ein einzelnes Inhaberpapier nach. Sondern bei der Ausgabe solcher Urkunden handelt es sich um Finanzoperationen großen Stiles, insbesondere um Anleihen, die in einer Unzahl von Teilbeträgen im Publikum untergebracht werden³⁾. Auf Geld lautende Inhaberschuldverschreibungen, die ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangen, sind nichtig und verpflichten den Aussteller, dem Inhaber das negative Geschäftsinteresse, d. h. den Schaden zu ersetzen, den er durch sein Vertrauen auf die Gültigkeit der Urkunde erlitten hat (§ 795 Abs. 3).

Das BGB. hat die Inhaberpapiere in den von den „einzelnen Schuldverhältnissen“ handelnden Abschnitt eingestellt. Aus den schon beim Schuldanerkenntnis, bei der Anweisung und beim Vergleich geltend gemachten Gründen gehören sie nach unserem Dafürhalten unter die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts⁴⁾.

2. Wir sahen vorhin, daß der Inhaber als solcher das im Inhaberpapier verbriefte Forderungsrecht geltend zu machen imstande ist. Unzutreffend wäre es aber, deswegen zu sagen, daß der Aussteller eines Inhaberpapiers dem Inhaber als solchem zu leisten versprache und infolgedessen der Inhaber als solcher der Gläubiger aus dem Papier sei. Denn würde dem so sein, dann erwürbe ja auch derjenige, der ein Inhaberpapier stöhle oder unterschlüge, die Gläubigerschaft und damit (§ 952) das Eigentum an dem Papier. Vielmehr ist der Inhalt des Inhaberpapiers richtigerweise dahin zu charakterisieren, daß der Aussteller demjenigen zu leisten

¹⁾ Der Begriff ist hier nicht weiter zu erörtern, denn er reicht in seiner Bedeutung über das Obligationenrecht hinaus, indem nicht jedes Wertpapier eine Forderung zu verbrieft, also eine Schuldverschreibung zu sein braucht, sondern auch Rechte anderer Art (Mitgliedschaftsrechte, Sachenrechte; man denke an Aktien, Hypothekenbriefe) verkörpern kann. Vgl. auch unten S. 93 Anm. 1.

²⁾ Dazu Reichsgesetz über die Ausgabe wertbeständiger Schuldverschreibungen auf den Inhaber vom 23. 6. 1923 und neuerdings die Vierte Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 1931, Teil 1, Kapitel 3 § 6.

³⁾ Nebenbei sei hier bemerkt, daß die Industrie für ihre Anleihen, um sich die staatliche Genehmigung zu ersparen, sehr häufig statt der Rechtsform des Inhaberpapiers diejenige des indossablen kaufmännischen Verpflichtungsscheines wählt.

⁴⁾ Siehe oben § 2, S. 9.

verspricht, der das Papier mit Recht innehat oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, der „zur Verfügung über die Urkunde berechtigt ist“, wobei aber der Schuldner die Verfügungsberechtigung des Präsentanten zu prüfen weder befugt noch verpflichtet sein will (§ 793). Der Schuldner darf also (soweit er damit nicht dolos handelt) jede Legitimationsprüfung unterlassen und wird von seiner Verbindlichkeit auch durch Leistung an den unberechtigten Inhaber befreit; ihm ist die Legitimationsprüfung insofern nicht einmal gestattet, als er, wenn er einen weiteren Ausweis als die bloße Inhaberschaft des Papiers verlangt, in Verzug gerät; wohingegen er von jeder Leistungspflicht gegenüber dem Präsentanten frei ist, wenn er seinerseits dessen mangelnde Gläubigerschaft nachweist.

Die Verfügungsbefugnis über das Papier, durch die erst, wie gezeigt, die Gläubigerstellung begründet wird, erlangt der Inhaber nach Maßgabe des Sachenrechts: der Erwerb des Eigentums an der Schuldverschreibung zieht den Erwerb des Forderungsrechtes nach sich. Die Forderung aus dem Inhaberpapier geht also von Hand zu Hand durch Übertragung des Papiers. Dabei ist mit Rücksicht auf das Zirkulationsbedürfnis der Urkunde der gutgläubige Erwerb in stärkerem Maße als sonst geschützt. Denn nach § 935 Abs. 2 ist er auch an solchen Schuldverschreibungen auf den Inhaber möglich, die dem Eigentümer „gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen waren“.

Das Privileg des § 935 Abs. 2 schützt den Urkundeninhaber vor einer Anzweiflung seiner Verfügungsbefugnis. Er muß aber auch dagegen sichergestellt werden, daß sich der Aussteller der Urkunde nicht auf deren unfreiwilligen Besitzverlust zum Zwecke der Bemängelung des Verpflichtungsaktes berufe. Daher die Wichtigkeit der Frage, in welchem Zeitpunkt die Verbindlichkeit aus der Inhaberschuldverschreibung zur Entstehung komme. Im gemeinen Rechte stritt man darüber, ob sie einem Vertragsschluß zwischen Aussteller und erstem Nehmer des Papiers oder einem einseitigen Akte des Ausstellers entstamme und letzterenfalls, ob der schuldbegründende Vorgang schon in der — gewöhnlich im Wege der mechanischen Vervielfältigung erfolgenden — Herstellung der Urkunde oder erst in ihrer Ausgabe, also in ihrem „In-den-Verkehr-Bringen“ zu erblicken sei. Das BGB. hat den Streit zwischen Vertrags-, Emissions- und Kreationstheorie durch die positive Bestimmung des § 794 geschlichtet, daß der Aussteller einer Inhaberschuldverschreibung auch dann verpflichtet wird, wenn „sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist“, und daß es auf die Wirksamkeit des Inhaberpapiers ohne Einfluß ist, „wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist“. Ein Bekenntnis zur Kreationstheorie läßt sich diesen Sätzen freilich nur in der negativen Hinsicht entnehmen, daß die gedachten, jenseits der Herstellung liegenden Vorgänge der Gültigkeit des Schuldversprechens nicht im Wege stehen. Der positive Ausspruch, daß die Kreation als solche das Schuldversprechen erzeuge, kann in ihnen schon deshalb nicht enthalten sein, weil wir sahen, daß zum Erwerb des Gläubigerrechts die Verfügungsbefugnis über die Urkunde notwendig ist.

Ist nach alledem der Erwerber einer Schuldverschreibung auf den Inhaber in seiner Rechtsstellung bereits in hohem Maße gesichert, so hat das BGB. dem eingangs erwähnten Bedürfnis nach erleichtertem Gläubigerwechsel in § 796 weiterhin dadurch Rechnung getragen, daß es anders als bei der Zession den Schuldner auf drei Gruppen von Verteidigungsmitteln beschränkt: letzterer kann dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegensetzen, die entweder die Gültigkeit der Ausstellung betreffen (Geschäftsunfähigkeit des Ausstellers; Anfechtbarkeit der Ausstellung wegen Willensmängel) oder sich aus der Urkunde ergeben (Berufung auf die darin enthaltenen Bedingungen oder Befristungen) oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Präsentanten zustehen (Einwand der bereits an ihn ge-

leisteten Zahlung, der von ihm gewährten Stundung, des ihm gegenüber bestehenden Zurückbehaltungsrechtes)¹⁾. Dadurch ist die abstrakte Natur des Inhaberpapiers mit qualifizierten Wirkungen versehen. Denn während sonst bei abstrakten Schuldversprechen die Berufung auf die causa zwar eine dem Schuldner aufgebürdete Last, aber auch ein ihm gegen jeden Gläubiger zustehendes Recht ist, wird sie ihm beim Inhaberpapier nur gegenüber dem Gegner der Kausalbeziehung gestattet und im Verhältnis zu allen übrigen Gläubigern versagt. Unrichtig aber und der natürlichen Betrachtungsweise zuwider ist es, wenn man mit Rücksicht auf den Einredeverlust, den der Schuldner durch den Gläubigerwechsel erleidet, davon gesprochen hat, daß bei den Schuldverschreibungen auf den Inhaber überhaupt kein Forderungsübergang stattfindet, sondern daß das Forderungsrecht in der Person jedes neuen Gläubigers neu entstehe (Theorie von der sukzessiven Neubildung des Rechts). Vielmehr handelt es sich — soweit der Begriff der Rechtsnachfolge überhaupt Berechtigung hat²⁾ — auch bei den Inhaberpapieren um eine Singularsukzession in das Gläubigerrecht, für die nur die Rechtsordnung aus den uns bekannten Gründen in besonders starkem Maße Ausnahmen vorgesehen hat von dem sonst geltenden Grundsatz, daß „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet“.

Der Gläubiger, der sein Forderungsrecht aus dem Inhaberpapier geltend machen will, hat die Urkunde dem Schuldner vorzulegen; die Inhaberschuld ist also Holschuld. Um gegen wiederholte Geltendmachung der Urkunde geschützt zu sein, braucht der Schuldner dem präsentierenden Gläubiger nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten (§ 797 Satz 1). Denn einem neuen Präsentanten würde der Schuldner, wie wir eben gesehen haben, den Einwand der bereits einmal auf das Papier geleisteten Zahlung nicht entgegenzusetzen können.

3. Nur eine kleine und im Interesse des Schuldners notwendige Fessel ist der Beweglichkeit des Inhaberpapiers angelegt durch die Vorlegungsfrist, an die seine Geltendmachung gebunden ist: sie kann der Zirkulationsfähigkeit deshalb keinen wesentlichen Abbruch tun, weil ihre Dauer entweder aus dem Papier ersichtlich oder den §§ 801, 802 zu entnehmen ist. Ist die Präsentationsfrist abgelaufen, ohne daß Präsentation erfolgt wäre, so ist der Anspruch aus dem Papier erloschen; ist letzteres hingegen rechtzeitig präsentiert, vom Schuldner aber nicht eingelöst, so ist die Geltendmachung der Forderung auch noch über die Vorlegungsfrist hinaus möglich, unterliegt aber einer mit deren Ende einsetzenden zweijährigen Verjährung.

Stärker als von der präklusivischen Wirkung der Vorlegungsfrist wird die Begebbarkeit des Inhaberpapiers von seiner Amortisierbarkeit berührt. Denn wie zahlreiche andere Wertpapiere kann auch das Inhaberpapier, wenn es abhanden gekommen oder vernichtet ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden (§ 799 Abs. 1 Satz 1). Obwohl diese Einrichtung dem Interesse des Gläubigers dient, da sie ihn gegen die ihm im Falle des Papierverlustes drohenden Gefahren schützt, trägt sie doch in die Zirkulation der Inhaberpapiere ein gewisses Moment der Unsicherheit hinein, indem sie dem Erwerber des Papiers möglicherweise Nachforschungen darüber aufnötigt, ob es nicht durch richterliches Ausschlußurteil seiner Wirksamkeit beraubt ist. Darum muß von der Amortisierbarkeit bei denjenigen Inhaberpapieren abgesehen werden, die in besonders hohem Maße dazu bestimmt sind, im Verkehr von Hand zu Hand zu gehen: das sind die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen, insbesondere Banknoten, und die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine (§ 799 Abs. 1 Satz 2). Bei den letzteren gewährt einen gewissen, wenn auch schwachen Ersatz für die fehlende Möglichkeit der Außerkraft-

¹⁾ Außerdem steht dem Aussteller die Berufung offen auf die durch die Vierte Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 1931 veränderten Zinssätze und Fälligkeitsbedingungen: Teil 1, Kapitel 3 § 9 Abs. 2 daselbst.

²⁾ Dazu oben S. 6.

setzung die Bestimmung des § 804, die dem früheren Inhaber des verloren gegangenen Papiers, wenn es während der Vorlegungsfrist nicht eingelöst worden ist, noch nach deren Ablauf die Geltendmachung der Forderung gestattet. Ein wirksamer Schutz gegen den Verlust der Urkunde läßt sich technisch in sehr einfacher Weise bei den sogenannten Erneuerungsscheinen (Talons) durchführen, indem hier kurzerhand der Inhaber des Hauptpapiers ermächtigt wird, gegenüber dem Aussteller der Ausgabe neuer Zins- oder Rentenscheine zu widersprechen (§ 805).

Den Schutz, den sich nach manchen früheren Rechten der Gläubiger gegen die mit der Natur des Inhaberpapiers verbundenen Gefahren dadurch verschaffen konnte, daß er es aus eigener Machtvollkommenheit „außer Kurs setzte“, d. h. in ein Namenspapier verwandelte, kann er jetzt nur noch mit Hilfe des Schuldners herstellen (§ 806 in Verbindung mit Art. 176 EG.). Für Reichs- und Staatspapiere kommt außerdem die Eintragung der Forderung in das Reichs- oder Staatsschuldbuch in Betracht¹⁾.

Wie schon angedeutet, bringt ein Aussteller von Schuldverschreibungen auf den Inhaber niemals ein einzelnes Papier, sondern immer eine große Anzahl solcher Urkunden in den Verkehr. Die verschiedenen Erwerber dieser Stücke stehen an sich in keinem Rechtsverhältnis zueinander; wohl aber stehen sie in einer starken Interessengemeinschaft. Das Reichsgesetz vom 4. 12. 1899 (in Verbindung mit dem RG. vom 14. 5. 1914) betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen hat ihnen die Möglichkeit gegeben, diese Interessen durch geeignete Organe (gemeinsame Vertreter, Gläubigerversammlung) in wirksamer Weise wahrzunehmen.

4. Das BGB. geht in § 807 davon aus, daß im täglichen Leben Karten, Marken und ähnliche Urkunden vorkommen, die mit den bisher dargestellten Inhaberpapieren das Gemeinsame haben, daß auch aus ihnen der Wille des Schuldners, sich „dem Inhaber zu einer Leistung zu verpflichten“, ergibt, während sie sich von unseren Inhaberpapieren durch eine gewisse Laxheit in der äußeren Form unterscheiden, indem sie vielfach den Verpflichtungswillen und den Gegenstand der Schuld, mitunter sogar den ausstellenden Schuldner nur unvollkommen erkennen lassen. Als Beispiele für solche Papiere werden in der Literatur Eisenbahnfahrkarten, Theaterbillets, Bade-, Speise- und Biermarken angeführt. Nach dem Gesetz sollen auf diese Urkundengattungen wegen ihrer geringeren Bedeutung die technischen Einrichtungen, mit denen die echten Inhaberpapiere ausgestattet sind: wie Vorlegungsfrist, Amortisation, Außerkurssetzung usw., keine Anwendung finden. Wohl aber sollen auch für sie die grundsätzlichen und charakteristischen Regeln der Inhaberpapiere gelten: mangelndes Recht und mangelnde Pflicht des Schuldners zur Legitimationsprüfung, Kreationstheorie, Beschränkung der gegenüber dem Inhaber zulässigen Einreden. Man mag billig bezweifeln, ob in Fällen, wie den hier gedachten, der ausstellende Schuldner sich je zu einer Leistung „an den Inhaber als solchen“ verpflichten will; und sollte er es tun, ist ferner zu bezweifeln, ob deswegen die Heranziehung der Kardinalsätze von den Inhaberpapieren gerechtfertigt ist. Denn der rechtspolitische Grund für diese Sätze war die Zirkulationsbedürftigkeit der Inhaberpapiere. Die Karten und Marken des § 807 sind aber gar nicht zirkulationsbedürftig: die in ihnen verkörperten Leistungsansprüche werden nicht häufiger, sondern eher seltener als andere Forderungen und oft nur sehr mißbräuchlicherweise übertragen.

¹⁾ Quellennachweise hierfür bei STAUDINGER-KEIDEL, EG. zum BGB., 9. Aufl., Art 97 unter II und III. — Die im Vorstehenden verwendeten Begriffe „Hauptpapier“, „Namenspapier“, „Erneuerungsschein“, „Zins- und Gewinnanteilschein“ gehören der allgemeinen Theorie der Wertpapiere an, die ihren eigentlichen systematischen Platz im allgemeinen Teile des bürgerlichen Rechtes hat, mit Rücksicht auf den negotiablen Charakter der meisten Wertpapiere aber herkömmlicherweise im Handelsrecht entwickelt wird. Außerhalb des Rahmens unserer Darstellung liegen auch die Einzelheiten des in der ZPO. §§ 946ff. geregelten Aufgebotsverfahrens.

Der § 807 trägt also einen stark theoretischen Charakter¹⁾. Den von ihm ins Auge gefaßten Gebilden hat man in der Literatur die verschiedenartigsten Namen gegeben (Legitimationszeichen, Inhaberzeichen; Inhaberverpflichtungszeichen); soweit sie überhaupt vorkommen, dürfte es am richtigsten sein, von „unvollkommenen Inhaberpapieren“ zu reden, da sie nach der Meinung des Gesetzes zwar die wesentlichsten, aber nicht alle Merkmale der Inhaberpapiere aufweisen.

Eine größere Rolle als diese unvollkommenen Inhaberpapiere spielen im Verkehr die sogenannten Legitimationspapiere. Das sind Urkunden, in denen der Aussteller regelmäßig nicht eine abstrakte, sondern eine kausale Schuldverbindlichkeit eingeht, und sie übernimmt nicht sowohl gegenüber dem Inhaber des Papiers, als gegenüber dem Gläubiger, mit dem kontrahiert worden ist. Darum werden die Forderungen aus diesem Papier, soweit nicht vertragsmäßig die Übertragung überhaupt ausgeschlossen ist, nach den Grundsätzen der Zession übertragen: also nicht die Übergabe des Papiers bewirkt den Gläubigerwechsel, sondern umgekehrt der Forderungsübergang zieht den Eigentumswechsel am Papier nach sich (§ 952); der Schuldner behält dem neuen Gläubiger gegenüber alle Einwendungen aus dem Schuldverhältnis und er ist berechtigt, vom Zessionar zu verlangen, daß er sich als solcher legitimiere. Nur darin verschafft das Legitimationspapier dem Schuldner eine günstigere Stellung als sie der gewöhnliche debitor cessus hat, daß er zu dieser Legitimationsprüfung nicht verpflichtet ist, sondern durch Leistungsbewirkung an den Präsentanten der Urkunde unter allen Umständen liberiert wird. Solche Legitimationspapiere können entweder den Namen des Gläubigers, zu dessen Gunsten sie ausgestellt sind, nennen: dann spricht man von „hinkenden Namenspapieren“ (Sparkassenbücher; Versicherungspolice; Eisenbahn- und Ausstellungsabonnements; zusammenstellbare Eisenbahnfahrtscheine); oder sie können den Namen verschweigen: dann spricht man von „hinkenden Inhaberpapieren“ (Gepäckscheine auf der Eisenbahn; Garderobemarken im Theater; Pelzaufbewahrungsscheine; richtigerweise aber auch die Eisenbahnfahrkarten und die Theaterbillets und die zahlreichen anderen Urkunden, die herkömmlich, aber zu Unrecht dem vorhin kritisierten § 807 unterstellt werden). Das BGB. hat sich mit den Legitimationspapieren nur insoweit beschäftigt, als sie Namenspapiere sind: ihnen wird in § 808 die Eigenschaft eines Präsentationspapiers und die Amortisierbarkeit verliehen²⁾.

§ 36. Die Schuldübernahme.

Literatur: STROHAL, Schuldübernahme (Jena 1910; Sonderausgabe aus Iherings Jahrbüchern Bd. 57); Derselbe, Schuldpflicht und Haftung (München und Leipzig 1914; Sonderausgabe aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für BINDING); O. v. GIERKE, Schuldnachfolge und Haftung (aus der Festschrift der Berliner juristischen Fakultät für F. v. MARTITZ; Berlin 1911); KNOKE, Die Sondernachfolge in die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme in

¹⁾ Nur soviel ist zuzugeben, daß bei einigen von den hier ins Auge gefaßten Urkunden ein Bedürfnis besteht nach einem Schutz des Inhabers gegen ein Legitimationsprüfungsrecht des Ausstellers. So z. B. bei den Eisenbahnfahrkarten und den Theaterbillets. Und darum mag es berechtigt sein, auf diese Karten den § 793 entsprechend anzuwenden. Daß es aber, wie LOCHER in der oben S. 35 Anm. 1 zitierten Besprechung (S. 277) meint, deswegen notwendig sei, diese Papiere, die nach ihrer übrigen Rechtsnatur durchaus den gleich zu erwähnenden Legitimationspapieren nahe stehen, auch den anderen Grundsätzen der Inhaberpapiere, insbesondere den Einredebeschränkungen des § 796 zu unterstellen, kann ich nicht einräumen.

²⁾ Der für die oben behandelten Papiere von der Literatur geprägte Name „Legitimationspapier“ ist kein sehr glücklicher. Denn indem der Schuldner hier das Recht zur Legitimationsprüfung behält, erbringen diese Papiere eben keine volle Legitimation. Diese terminologische Unstimmigkeit wird nicht verbessert, sondern verschlimmert, wenn man, wie es vorgeschlagen worden ist, jene Urkunden als „qualifizierte Legitimationspapiere“ bezeichnet, da unter Qualifikation herkömmlicherweise keine abgeschwächte, sondern eine gesteigerte Wirkung verstanden wird. Am besten würde man vielleicht von „unvollkommenen Legitimationspapieren“ sprechen und könnte ihnen die vorhin in Anm. 1 gedachten Papiere, falls man der dort vorgeschlagenen gesetzgeberischen Lösung zustimmte, als vollkommene Legitimationspapiere gegenüberstellen.

Iherings Jahrbüchern Bd. 60; REICHEL, Die Schuldmitübernahme (München 1909); MANIGK, Artikel „Schuldübernahme“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 5, 1928).

1. Wie in die aktive Seite, so läßt das Gesetzbuch auch in die passive Seite des Schuldverhältnisses eine Sondernachfolge zu. Es kann also nach BGB. im Gegensatz wieder zum römischen Rechte, aber auch hier im Einklang mit der schon im gemeinen Rechte zum Abschluß gelangten Entwicklung, eine Singularsukzession in die Schuld dergestalt stattfinden, daß unter Aufrechterhaltung ihrer Identität lediglich die Person des Verpflichteten wechselt. Soweit solche Rechtsnachfolge durch Rechtsgeschäft herbeigeführt wird (gesetzliche Singularsukzession in die Schuld kommt vor, wenn auch nicht so häufig wie gesetzlicher Forderungsübergang), gebraucht das Gesetzbuch den Ausdruck „Schuldübernahme“. Weil bei ihr der Gläubiger mit dem Erwerb des neuen Schuldners den bisherigen Schuldner verliert, bezeichnet die Literatur sie auch gern als *privative* Schuldübernahme.

Mit dieser Schuldübernahme im technischen Sinne dürfen zwei andere, ihr äußerlich oft ähnelnde, in Wahrheit wesensverschiedene Vorgänge nicht verwechselt werden. Der eine ist der Fall, wo ein Dritter lediglich dem Schuldner verspricht, ihm seine Schuld abzunehmen, wo also die vermeintliche Schuldübernahme ein bloßes Internum zwischen dem Schuldner und dem Dritten bleibt, sich demnach weder etwas in dem Verhältnis des Gläubigers zu seinem Schuldner ändert, noch der Gläubiger irgendwelche Rechte gegen den Dritten bekommt: dann spricht man in der Doktrin von „Erfüllungsübernahme“. Der andere liegt da vor, wo zum bisherigen Schuldner ein Dritter als neuer Schuldner sich gesellt, wo also der Gläubiger seinen Anspruch gegen den alten Schuldner behält und einen Anspruch gleichen Inhalts gegen den Dritten hinzu erwirbt: dann redet man von „kumulativer Schuldübernahme“, weniger glücklich von „Schuldmitübernahme“, am besten von „Schuldbeitritt“. Erfüllungsübernahme und Schuldbeitritt sind im BGB. nicht näher geregelt, aber ihre Vereinbarung steht den Parteien natürlich offen. Erstere ist beispielsweise da gegeben, wo gegenüber einem zwischen Schuldner und Drittem über die Befriedigung des Gläubigers geschlossenen Vertrag die Auslegungsregel des § 329 eingreift, letzterer da, wo sie nicht eingreift. Außerdem kann der Schuldbeitritt jederzeit durch Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Drittem erfolgen. Und Schuldbeitritt gegenüber dem Gläubiger kann mit Erfüllungsübernahme gegenüber dem Schuldner selbstverständlich Hand in Hand gehen und sehr häufig werden im Leben beide Akte voneinander ergänzt. Immer aber ist daran festzuhalten, daß die vom Gesetzbuch für die Schuldübernahme erlassenen Vorschriften nur für die *privative* Schuldübernahme gelten.

2. Während bei der Zession eine Einwilligung des Schuldners in den Gläubigerwechsel nicht vonnöten war, kann sich umgekehrt die Schuldübernahme nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers vollziehen: denn der Gläubiger hat ein schutzwürdiges Interesse an der Person eines bestimmten Schuldners, da der Wert seiner Forderung von dem Umfang des schuldnerischen Vermögens abhängt. Und während bei der Zession nur ein Zusammenhandeln der wechselnden Subjekte den Forderungsübergang herbeiführen konnte, wird für die Schuldübernahme eine Beteiligung des Urschuldners nicht verlangt. Vielmehr unterscheidet man, je nachdem letzterer selbst seine Befreiung mit herbeiführt oder nicht, die eingliedrige und die zweigliedrige *privative* Schuldübernahme.

Bei der eingliedrigen Schuldübernahme vollzieht sich der Schuldnerwechsel durch Vertragsschluß zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer (§ 414). Die Beobachtung einer bestimmten Form ist hier sowenig erforderlich, wie die Genehmigung des alten Schuldners oder auch nur seine Kenntnis von dem Vorgang. Der Vertrag, den der Gläubiger mit dem neuen Schuldner eingeht, hat einen doppelten Inhalt: er ist Verpflichtungsgeschäft, denn es verspricht in ihm der Dritte die dem bisherigen Schuldner obliegende Leistung; und er ist Verfügungsgeschäft, denn es

gibt durch ihn der Gläubiger das Forderungsrecht gegen den ursprünglichen Schuldner auf.

Bei der zweigliedrigen Schuldübernahme wird — wenigstens wenn man ihre in der Doktrin sehr bestrittene Rechtsnatur richtig auffaßt — der bei der eingliedrigen zwischen Gläubiger und Übernehmer eingegangene Vertrag zwischen altem und neuem Schuldner abgeschlossen: der Übernehmer verspricht dem Urschuldner, dessen Schuld an den Gläubiger zu bezahlen (Verpflichtungsgeschäft zugunsten eines Dritten) und beide vereinbaren die Befreiung des bisherigen Schuldners von seiner Verbindlichkeit. Mit der letzteren Abrede verfügen sie aber als Nichtberechtigter über das dem Gläubiger zustehende Forderungsrecht und darum (vgl. § 185) ist die Wirksamkeit dieser Verfügung von der Zustimmung des Gläubigers abhängig. Und da sich aus der Situation ergibt, daß der neue Schuldner das Forderungsrecht gegen sich dem Gläubiger nur für den Fall der Entlassung des alten Schuldners einräumen will, so ist das ganze zwischen den beiden Schuldnern errichtete Geschäft in seiner Gültigkeit so lange in der Schwebe, bis es vom Gläubiger genehmigt worden ist (§ 415 Abs. 1 Satz 1). Bis dahin können auch die Paziszenten ihren Schuldübernahmevertrag noch aufheben oder abändern (§ 415 Abs. 1 Satz 3). Die Genehmigung kann vom Gläubiger erst erteilt werden, wenn ihm einer der beiden Vertragschließenden die Schuldübernahme mitgeteilt hat (§ 415 Abs. 1 Satz 2). Die verweigerte Genehmigung macht das Übernahmegeschäft hinfällig (§ 415 Abs. 2 Satz 1). Doch stellt sich sowohl die wegen noch ausstehender Genehmigung unfertige wie die wegen versagter Genehmigung gescheiterte Schuldübernahme im internen Verhältnis der Vertragsparteien als wirksame Erfüllungsübernahme dar (§ 415 Abs. 3). Damit nicht der Gläubiger den Schwebezustand, den der Abschluß des Schuldübernahmevertrags zunächst begründet, durch Nichtabgabe von Erklärungen in einer für die Parteien lästigen Weise ausdehnt, ist diesen das Recht gegeben, dem Gläubiger eine Frist zur Genehmigung mit der Maßgabe zu setzen, daß die Genehmigung nach fruchtlosem Fristablauf als verweigert gilt (§ 415 Abs. 2 Satz 2). Dieses Präjudiz der Ablehnung der Schuldübernahme, das hier das Gesetzbuch an das Schweigen des Gläubigers knüpft, entspricht der durchschnittlichen Interessenlage, derzufolge sich eben der Gläubiger in der Mehrzahl der Fälle dem Schuldnerwechsel widersetzt. Nur da, wo es sich um eine hypothekarisch gesicherte Schuld handelt und der Erwerber des belasteten Grundstücks, wie es im Leben regelmäßig geschieht, in Anrechnung auf den Kaufpreis auch die persönliche Schuld übernimmt, spielt letztere (wenn wir von den Besonderheiten des Aufwertungsrechtes absehen) gegenüber der dinglichen Sicherheit des Gläubigers meistens eine so untergeordnete Rolle, daß normalerweise mit dem Einverständnis des Gläubigers in den Schuldnerwechsel gerechnet werden kann. Darum soll hier nach dem Gesetzbuch die Fiktion der erteilten Genehmigung Platz greifen, wenn der Gläubiger auf die Nachricht von der Schuldübernahme sechs Monate lang geschwiegen hat. Doch wird diese Frist nur durch ein dem Gläubiger nach Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch zugehendes Schreiben des Veräußerers in Lauf gesetzt, das die Mitteilung von der Schuldübernahme mit dem Hinweis enthält, „der Übernehmer trete an die Stelle des bisherigen Schuldners, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erkläre“ (§ 416 Abs. 1 und 2).

Der Grund, aus dem sich der Dritte dazu versteht, die Schuld eines anderen zu übernehmen, kann ein sehr verschiedenartiger sein: der Dritte kann damit eine ihm seinerseits dem Schuldner gegenüber obliegende Schuld tilgen oder letzterem ein Darlehn gewähren oder eine Schenkung machen wollen usw. Diese dem Innenverhältnis von Schuldner und Übernehmer angehörige causa kommt in dem Übernahmekt selbst nicht zum Ausdruck; die Schuldübernahme ist abstrakter Natur und bleibt darum auch bei einem Mangel der causa wirksam, unbeschadet der sich aus diesem für den neuen Schuldner gegen den alten ergebenden Bereicherungsansprüche.

3. Die Wirkung der Schuldübernahme besteht darin, daß der Gläubiger sein Forderungsrecht statt gegen den Urschuldner von jetzt an nur noch gegen den Übernehmer geltend machen kann. Obwohl also nur die Schuldner wechseln und die Schuld grundsätzlich die alte bleibt, so gehen doch aus naheliegenden Gründen dem Gläubiger die für die Forderung bestellten Bürgschaften, Pfandrechte und Hypotheken durch die Schuldübernahme verloren, falls nicht der Bürge oder der Eigentümer des verhafteten Gegenstands in diese einwilligt; ebensowenig kann der Gläubiger im Konkurs des Übernehmers ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht geltend machen (§ 418). Hingegen bewährt sich die Identität der Schuld darin, daß der neue Schuldner dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen darf, die der alte Schuldner ihm hätte entgegensetzen dürfen, wobei aber begreiflicherweise eine Ausnahme wieder in Ansehung solcher Verteidigungsmittel gemacht werden muß, durch die der Neuschuldner dem Altschuldner Pflichten auferlegen oder Rechte nehmen würde: ersteres würde beispielsweise für den Vollzug der Wandlung, letzteres für die — im Gesetz dem Übernehmer ausdrücklich abgesprochene — Aufrechnung mit einer dem bisherigen Schuldner zustehenden Forderung gelten (§ 417 Abs. 1).

Durch seine Mitwirkung beim Schuldnerwechsel will und soll der Gläubiger nicht in Abhängigkeit von den Rechtsbeziehungen geraten, die zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner bestehen und die wir vorhin als die causa des Übernahmevertrags bezeichneten. Darum bestimmt § 417 Abs. 2 sachgemäß, daß „aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten kann“. Es würde also der Übernehmer sich dem Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen können, daß er die Schuld übernommen habe zwecks Tilgung eines Kaufpreisrestes, mit dem er seinerseits beim Schuldner im Rückstand gewesen zu sein glaubte, während die Kaufpreisrestschuld in Wahrheit längst getilgt gewesen sei. In diesem Punkte weicht der Vertrag zugunsten eines Dritten, der nach der oben vertretenen Konstruktion in der zweigliedrigen Schuldübernahme einbeschlossen liegt, von dem gewöhnlichen Typus jener Verträge ab. Denn im allgemeinen stehen bei ihnen „Einwendungen aus dem Vertrag dem Versprechenden auch dem Dritten gegenüber zu“ (§ 334). Und bei der kumulativen Schuldübernahme würde, da Sonderbestimmungen für sie fehlen, der Übernehmer, der den Schuldbeitritt mit dem Schuldner vereinbart hätte, dem Gläubiger in der Tat alle Einwendungen aus diesem die causa des Schuldbeitritts enthaltenden Vertrag entgegensetzen können.

4. Keinen Fall von Schuldübernahme im technischen Sinne, also keinen Fall von Schuldnerwechsel stellt der Tatbestand des § 419 dar. Er handelt davon, daß „jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen übernimmt“, wie das wohl bei Gutsüberlassungsverträgen und beim Leibrentengeschäft vorkommt. Dann soll zum Schutze der Gläubiger des Veräußerers, der sich hier seines ganzen Haftungssubstrates entledigt, der Erwerber dieses Substrates auch die Schulden des Veräußerers gegen sich gelten lassen. Letzterer wird dadurch von seinen Verbindlichkeiten nicht frei, sondern haftet weiter, sobald er wieder zu Haftungsobjekten gelangt: es liegt also kein privativer, sondern ein kumulativer Schuldübergang vor, und zwar ein Schuldbeitritt, der sich nicht nur kraft Gesetzes, sondern sogar kraft zwingenden Rechtssatzes vollzieht, so daß er, wenigstens mit Wirkung für die Gläubiger, nicht durch Vereinbarung der beiden Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (§ 419 Abs. 1 und 3).

Da der Grund für die Haftung des Erwerbers nur im Vermögensübergang liegt, so ist es recht und billig, daß sie nicht weiter reicht, als der Bestand des übernommenen Vermögens zuzüglich der aus dem Übernahmevertrag dem Dritten erwachsenen Ansprüche. Insofern befindet dieser sich in einer ähnlichen Situation

wie der seine Haftung für die Schulden des Erblassers auf die Kräfte des Nachlasses beschränkende Erbe. Darum erfahren auch einzelne Rechtssätze von der Erbhaftung auf unseren Fall des Mitschuldens entsprechende Anwendung (§ 419 Abs. 2)¹⁾.

In zwei Fällen des Übergangs eines Sondervermögens hat das Gesetz die Frage der Schuldenhaftung durch spezielle Rechtssätze geregelt: beim Erbschafts Kauf im BGB. §§ 2382ff. und bei der Veräußerung eines Handelsgeschäftes im HGB. § 25.

Sechstes Kapitel.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

§ 37. Mehrheit der Gläubiger.

Literatur: BINDEB, Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht (Leipzig 1898).

Soweit sich nach dem, was wir in der Einleitung andeuteten²⁾, von einer Beteiligung mehrerer Personen an einem Schuldverhältnis überhaupt sprechen läßt, kann die Beteiligung mehrerer Gläubiger an einem Forderungsrecht zu sehr verschiedenen Rechtsfiguren führen.

1. Die eine hier mögliche Gestaltung ist die Teilgläubigerschaft. Bei ihr zerlegt sich die Forderung in so viel Teilforderungen, als Gläubiger da sind. Diese reale Teilung des Forderungsrechtes greift nach dem Gesetz in der Regel da ein, wo eine teilbare Leistung geschuldet ist³⁾, und zwar sollen die Anteile, in die sich die Obligation spaltet, im Zweifel gleich groß sein (§ 420). Indessen wird der Grundsatz der Teilgläubigerschaft, den das Gesetzbuch für den Fall der teilbaren Leistung aufstellt, von sehr vielen Ausnahmen durchbrochen. Nicht nur, daß die Parteien des teilbaren Schuldverhältnisses sehr häufig eine andere rechtliche Form der Gläubigermehrheit ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, auch von sich aus hat das Gesetz wichtige Fälle von teilbaren Forderungen, wie z. B. die zu einem Gesellschaftsvermögen, einem ehelichen Gesamtgut, einer Erbengemeinschaft gehörigen, dem Prinzip der Teilgläubigerschaft entzogen. Da, wo letzteres statthat, ist jede der einzelnen Teilforderungen völlig selbständigen Charakters und nur in wenigen Punkten, wie z. B. in der dem Schuldner möglicherweise gegenüber sämtlichen Teilgläubigern zustehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrags oder in der Befugnis der Gläubiger, in einem Prozeß um die Forderung als Streitgenossen aufzutreten, macht sich der innere Zusammenhang der geteilten Forderungen bemerkbar.

2. Das Gegenteil der Teilgläubigerschaft ist die Gesamtgläubigerschaft. Bei letzterer steht ungeachtet der nur einmaligen Verpflichtung des Schuldners zur Leistungsbewirkung jedem der mehreren Gläubiger die ganze Forderung zu. Solche Gesamtgläubigerschaft ist, namentlich in der wenig zulänglichen Regelung, die sie im BGB. erfahren hat, sowohl für die Gläubiger, wie für den Schuldner, nicht ohne Schattenseiten. Ihren Sinn und Zweck empfängt sie aus den besonderen Bedürfnissen, die die das Innenverhältnis der Gläubiger ausmachende Rechtsgemeinschaft aufweist; bis zu einem gewissen Grade dient sie auch dem Interesse des Schuldners, der bei diesem Gebilde der Notwendigkeit enthoben ist, mit den mehreren

¹⁾ Das ist besonders wichtig für die nicht seltenen Fälle, wo die Vermögensübertragung aus Anlaß eines sogenannten Treuhand- oder Liquidationsvergleiches erfolgt: der Schuldner überträgt sein Vermögen einem Treuhänder zur Verwertung für die Gläubiger, wogegen diese dem Schuldner den durch die Verwertung nicht gedeckten Betrag ihrer Forderungen erlassen. Hier haftet der Treuhänder für die Schulden persönlich, aber nur bis zur Höhe des Wertes der übernommenen Vermögensstücke. Vgl. dazu KIESOW in der oben S. 64 Anm. 2 genannten Schrift S. 160 ff.

²⁾ Oben S. 6.

³⁾ Oben S. 13.

Gläubigern insgesamt zu verhandeln oder gegenüber dem einzelnen Gläubiger die Legitimation zur isolierten Anspruchsgeltendmachung, insbesondere den Umfang des Anteilsrechtes zu prüfen. Die Gesamtgläubigerschaft ist bei teilbaren wie bei unteilbaren Leistungen möglich; sie kommt nicht häufig vor, da die Parteien sie selten vereinbaren und das Gesetz von sich aus einen zweifellosen Fall von Gesamtgläubigerschaft nur an einer einzigen Stelle vorschreibt (§ 2151 Abs. 3 Satz 1). Da, wo sie Platz greift, kann sich, wie gesagt, der Schuldner den Gläubiger, an den er leisten will, nach freiem Belieben aussuchen, auch dann noch, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben haben sollte (§ 428). Hat der Schuldner einen der Gesamtgläubiger befriedigt, sei es durch Erfüllung, sei es durch eines der früher erwähnten Erfüllungssurrogate (Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung), so ist er allen Gläubigern gegenüber von seiner Schuldverpflichtung befreit; ebenso müssen alle den Annahmeverzug eines Genossen oder die in seiner Person sich einstellende Vereinigung von Forderung und Schuld (Konfusion) gegen sich gelten lassen (§§ 429, 422 Abs. 1). Der Erlaßvertrag, den ein einzelner Gesamtgläubiger mit dem Schuldner abschließt, bindet die übrigen Gläubiger, sofern er nicht lediglich das Ausscheiden des Erlassenden aus dem Schuldverhältnis bezweckt (§§ 429 Abs. 3, 423). Alle bisher nicht erwähnten, den Obligationseinhalt berührenden Tatsachen (Kündigung, schuldnerische Vertragsverletzung, Verjährung, Rechtskraft des Urteils) wirken in der Regel nur zugunsten und zu Lasten desjenigen Gläubigers, dem gegenüber sie eingetreten sind, wie auch eine Übertragung der Rechte des einzelnen Gläubigers an dritte Personen die Rechte der Mitgläubiger unberührt läßt (§§ 429 Abs. 3, 425). Ob der Gläubiger, an den der Schuldner die ganze Leistung bewirkt hat, das Empfangene für sich behalten darf oder unter die Gesamtheit der Gläubiger verteilen muß, hängt von den zwischen diesen bestehenden Rechtsbeziehungen ab: im Zweifel sind die Gesamtgläubiger im internen Verhältnis zu gleichen Anteilen berechtigt (§ 430).

3. Eine dritte Form der Gläubigermehrheit ist die Mitforderung. Sie stellt das obligationsrechtliche Analogon zum sachenrechtlichen Miteigentum dar. Die Forderung zerlegt sich hier nicht in reale Teile, wie bei der Teilgläubigerschaft, es wird aber auch nicht, wie bei der Gesamtgläubigerschaft, jedem der mehreren Gläubiger die volle Gläubigerstellung eingeräumt, sondern der einzelne Gläubiger hat am Forderungsrecht einen ideellen Anteil, eine Quote. Diese Konstellation liegt überall da vor, wo das Schuldverhältnis auf eine unteilbare Leistung gerichtet und von den Parteien keine Gesamtgläubigerschaft vereinbart ist (Miteigentümer verleihen das gemeinsame Pferd oder deponieren den gemeinsamen Schmuckgegenstand). Sie kann sich aber auch bei teilbaren Leistungen aus den Abmachungen der Parteien ergeben. Die bei der Mitforderung dem einzelnen Gläubiger zustehende Quote ist insofern selbständigen Charakters, als sie auf dritte Personen übertragen und gegenüber dem Schuldner isoliert geltend gemacht werden kann. Aber natürlich kann das isolierte Vorgehen des einzelnen Mitgläubigers immer nur von beschränkter Wirkung sein: er kann auf Grund seiner Forderungsquote nicht Leistung an sich allein, sondern immer nur Leistung an alle Gläubiger verlangen (§ 432 Abs. 1 Satz 1). Der Anspruch auf Leistung an alle ist von problematischem Werte, wenn zur Erfüllung der Obligation eine Mitwirkung sämtlicher Gläubiger erforderlich, aber nicht gewährleistet ist. Der einzelne Gläubiger kann darum statt auf Leistung an alle auf Hinterlegung bzw. auf Sequestration zugunsten aller klagen (§ 432 Abs. 1 Satz 2). Da der Schuldner nur durch eine an alle Gläubiger bewirkte Leistung frei wird, muß, wenn der Schuldner die Leistung ordnungsmäßig allen Gläubigern angeboten, ein einzelner Gläubiger sie aber abgelehnt hat, dessen Verhalten den Annahmeverzug auf seiten sämtlicher Gläubiger auslösen. „Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger“ (§ 432 Abs. 2).

4. Ein Unterfall der Mitgläubigerschaft ist die Gesamthandsforderung. Hier gehört die gemeinschaftliche Forderung zu einem Vermögenskomplex, der um der Zwecke willen, denen er dient, durch das Gesamthandsprinzip zusammengehalten wird (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft). Dieses Prinzip läßt für die Anteile, die die Gemeinschaftler an den das Vermögen bildenden Gegenständen haben, keine getrennten rechtlichen Schicksale zu. Darum ist hier die Forderungsquote des einzelnen Gläubigers keiner isolierten Übertragung und einer isolierten Geltendmachung, sei es auch bloß in der bescheidenen Form, daß der einzelne Gläubiger auf Leistung an alle klagt, nur da fähig, wo, wie bei der Erbengemeinschaft (§ 2039), solche Geltendmachung ausdrücklich zugelassen ist (bestritten!). Grundsätzlich kann immer nur über die ganze Gesamthandsforderung verfügt werden und nur entweder durch alle Gemeinschaftler oder durch solche Personen, die nach Maßgabe der für das betreffende Gesamthandsverhältnis geltenden Rechtssätze mit Wirkung für alle Gemeinschaftler zu handeln berechtigt sind.

§ 38. Mehrheit der Schuldner.

Literatur: RUDOLF SCHMIDT, Unechte Solidarität (Jena 1922; Sonderabdruck aus Jherings Jahrbüchern Bd. 72); BRÜHLMANN, Haftung und Rückgriff im Schadensersatzrecht. Die unechte Solidarität und ihre Ausgleichsverhältnisse nach schweizerischem Rechte (Bern 1925); vgl. auch die Vorbemerkung zu § 37.

Bei der Beteiligung mehrerer Schuldner am Schuldverhältnis sind ähnlich verschiedene Gestaltungen, wie wir sie bei der Gläubigermehrheit kennengelernt haben, auseinander zu halten.

1. Handelt es sich um teilbare Leistungen, so spaltet sich wiederum das Schuldverhältnis grundsätzlich in eine der Zahl der Schuldner entsprechende Summe von einzelnen Schuldverpflichtungen, die im Zweifel gleich groß sind (§ 420). Diese Teilschuldnerschaft ist aber in noch höherem Grade, als es schon vorhin bei der Teilgläubigerschaft der Fall war, ein bloßes, durch weitreichende Ausnahmen seiner praktischen Bedeutung entkleidetes Prinzip. Denn gerade die wichtigsten Fälle von teilbaren Obligationen hat, wie sich gleich zeigen wird, das Gesetz der Regel „nomina sunt ipso jure divisa“ entzogen.

2. Der Gesamtforderung auf der aktiven entspricht die Gesamtschuld auf der passiven Seite des Schuldverhältnisses: bei ihr hat jeder Schuldner die ganze Leistung zu bewirken, während der Gläubiger sie nur einmal zu fordern berechtigt ist. Im Gegensatz zu dem geringen Vorkommen der Gesamtgläubigerschaft ist die Gesamtschuldnerschaft ein im Rechtsleben außerordentlich häufiges Gebilde. Sie hat einmal statt, wo mehrere eine unteilbare Leistung schulden (§ 431); sie ist im Zweifel sodann gegeben, wenn sich „mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung verpflichten“ (§ 427); sie greift ferner ein, „wenn für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich sind“ (§ 840 Abs. 1) und sie liegt endlich regelmäßig vor, wo die Schuldnermehrheit sich im Wege des Erbgangs eingestellt hat (§ 2058; vgl. aber auch § 2060). Von diesen allgemeinen Anwendungsgebieten abgesehen hat das Gesetz die gesamtschuldnerische Haftung noch in zahlreichen Einzelfällen statuiert¹⁾ und aus der Natur der Dinge ergibt sie sich bei der sogenannten kumulativen Schuldübernahme, dem Schuldbeitritt, dessen Wesen ja gerade darin besteht, daß sich jemand dem Gläubiger gegenüber neben einem anderen Schuldner zum Mitschuldner macht.

Die Gesamtschuld soll den Gläubiger vor den Gefahren schützen, die ihm aus der Insolvenz eines einzelnen Schuldners erwachsen. Darum kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung nach freiem Belieben das Forderungsrecht ganz

¹⁾ Vgl. z. B. §§ 42 Abs. 2, 53, 54, 769, 1108 Abs. 2, 1308, 1459 Abs. 2, 1480, 1530 Abs. 2, 1833 Abs. 2, 2219 Abs. 2. Dazu etwa noch § 59 Abs. 1 des Reichsgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. 5. 1908.

oder teilweise, gleichzeitig oder nacheinander gegen jeden der mehreren Schuldner geltend machen¹⁾. Mit der erfolgten Befriedigung aber ist das Schuldverhältnis für alle Schuldner erloschen, wobei der Erfüllung in Ansehung der Gesamtwirkung gleichstehen Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung, wenn sie ausgehen von demjenigen Schuldner, in dessen Person die Voraussetzungen für diese Erfüllungssurrogate gegeben sind (§§ 421, 422). Ebenso befreit der vom Gläubiger mit einem Schuldner vereinbarte Erlaß (falls er nicht nur die Entlassung des Vertragsgegners aus dem Schuldverhältnis bezweckt) alle Schuldner und kommt der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner auch den übrigen Schuldnern zugute (§§ 423, 424). Alle sonstigen schuldrechtlich relevanten Tatsachen hingegen (wie insbesondere Kündigung, schuldnerische Nichterfüllung, Verjährung, Rechtskraft des Urteils) wirken, soweit sich nicht aus den Besonderheiten des konkreten Schuldverhältnisses etwas anderes ergibt, „nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten“. Das gilt im Gegensatz zur Gesamtgläubigerschaft auch von der Konfusion (§ 425).

Die Haftung jedes einzelnen Schuldners auf die ganze Leistung besteht nur dem Gläubiger gegenüber. Sie besagt also nicht, daß der Gesamtschuldner, der gezahlt hat, auch seinen Mitschuldnern gegenüber zur alleinigen Tragung der durch die Leistungsbewirkung erlittenen Vermögensminderung verpflichtet sei. Vielmehr hängt es von dem Innenverhältnis, in dem die mehreren Schuldner zueinander stehen, ab, inwieweit der Leistende auf seine Genossen zurückgreifen kann. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Gesamtschuldner im internen Verhältnis zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, jedoch mit der Maßgabe, daß zugunsten des Regreßberechtigten der Anteil eines insolventen Gemeinschafters nicht mitzählt, sondern auf die zahlungsfähigen Gesamtschuldner repartiert wird (§ 426 Abs. 1). Sollten die Innenbeziehungen der Schuldner einen besonderen Rechtstitel für den Regreßanspruch (wie etwa Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag) nicht aufweisen, würde letzterer lediglich ein Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung sein. Um dem Regreßberechtigten die Problematik eines bloßen Bereicherungsanspruches zu ersparen und um ihm etwaige der getilgten Obligation anhaftende Vorzüge (Pfänder, Bürgschaften usw.) zu erhalten, läßt das Gesetzbuch — in ähnlicher Weise, wie wir es schon früher im Falle des § 268 kennengelernt haben — die Forderung des Gläubigers auf den zahlenden Gesamtschuldner übergehen (§ 426 Abs. 2)²⁾. Der Forderungsübergang unterbleibt, wenn sich aus dem internen Verhältnis der Gesamtschuldner nicht nur kein besonderer Rechtstitel für den Regreßanspruch, sondern gerade der Mangel jeden Regreßanspruches ergibt (die Zahlung des Gesamtschuldners ist beispielsweise der Vollzug einer Schenkung an die Schuldnergenossen).

Den hier besprochenen Gesamtschuldverhältnissen ist charakteristisch, daß die mehreren Schuldner den gleichen Gegenstand schulden und daß ihre Schuldverbindlichkeiten entweder denselben Entstehungsgrund haben oder daß wenigstens, wie bei der kumulativen Schuldübernahme, der eine Schuldner sich durch seinen Beitritt den Entstehungsgrund der anderen Obligation zu eigen macht. Denn nur dann läßt sich von dem Zwecke der Gläubigersicherung reden, von dem das Institut der Gesamtschuld getragen ist. Deshalb gehören nicht hierher die Fälle, wo zwar mehrere Schuldner auf dieselbe Leistung verhaftet sind, die Leistungspflichten aber verschiedenen Entstehungsgründen entstammen und darum gewissermaßen nur zufällig eine inhaltliche Identität aufweisen. Das kommt namentlich bei

¹⁾ Wird über das Vermögen mehrerer Gesamtschuldner das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner restlosen Befriedigung in jedem Verfahren die Forderung in voller Höhe geltend machen (§ 68 KO.).

²⁾ Auch hier darf der Forderungsübergang nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden: § 426 Abs. 2 Satz 2 und dazu oben S. 61 Anm. 1.

Schadensersatzansprüchen häufig vor: der Maurer und der Zimmermann, mit denen der Bauherr zwar getrennte, einander nichts angehende Verträge abgeschlossen hat, deren beider Arbeit aber für das Fortschreiten des Neubaus gleichzeitig notwendig ist, bleiben aus, so daß der Verzugsschaden sowohl vom einen wie vom andern ersetzt verlangt werden kann; wegen eines Einbruchsdiebstahles ist sowohl der Dieb wie der Beamte der Wach- und Schließgesellschaft verantwortlich, der infolge Schlaftrunkenheit den Diebstahl nicht bemerkt hat; wegen einer Feuersbrunst erwachsen dem Beschädigten Ansprüche sowohl gegen den Brandstifter wie gegen die Versicherungsgesellschaft. Man spricht hier in der Literatur von unechten Gesamtschulden. Der Gläubiger, der von einem Haftpflichtigen entschädigt worden ist, kann naturgemäß zufolge Beseitigung seines Schadens vom anderen Schuldner nichts mehr verlangen. Von diesem Punkte, in dem sie miteinander verkettet sind, abgesehen, wird die Selbständigkeit der mehreren Schuldverhältnisse durch ihre Inhaltsgleichheit nicht berührt. Ebenso wenig finden auf sie die vom internen Ausgleich handelnden Rechtssätze der Gesamtschuld Anwendung. Den hier regelmäßig fehlenden Regreßanspruch kann sich in einigen Fällen der zahlende Schuldner auf dem Umweg des früher erwähnten § 255 verschaffen¹⁾.

3. Für die „Mitforderung“ auf der aktiven Seite würde die Parallele auf der passiven Seite die „Mitschuld“ sein, derzufolge sich das Schuldverhältnis weder in reale Teile zerlegte, noch jeder der mehreren Schuldner auf das Ganze haftete, sondern der einzelne mit einem ideellen Teile der Verbindlichkeit belastet wäre, so daß der Gläubiger die Erfüllung nur von allen Schuldnern gemeinschaftlich verlangen könnte. Solche Quoten von Leistungspflicht sind begrifflich denkbar, aber sie haben nach der positiven Regelung, die die Schuldnermehrheit im BGB. erfahren hat, wohl im internen Verhältnis der Schuldner, aber dem Gläubiger gegenüber zufolge § 431 nicht einmal bei unteilbaren Leistungen praktische Bedeutung. Indessen enthält § 431 kein zwingendes Recht, und es lassen sich unteilbare Leistungen denken, bei denen die gesamtschuldnerische Haftung durch Parteivereinbarung ausgeschlossen ist. Wenn ein Verleger von Bühnenwerken mit zwei Schriftstellern, von denen der eine über die nötige Bühnentechnik, der andere über den nötigen Ideenreichtum verfügt, einen Vertrag abschließt, in dem diese sich verpflichten, zusammen ein Lustspiel zu schreiben, so kann er keinesfalls von jedem Schuldner das ganze Lustspiel verlangen, sondern er kann den einzelnen Schuldner nur auf die ihm obliegende Mitwirkung, auf Vertragserfüllung im ganzen aber nur beide Schuldner gemeinsam verklagen.

Die Notwendigkeit, gegen alle Schuldner gemeinschaftlich vorzugehen, kann sich für den Gläubiger übrigens auch bei Gesamtschuldverhältnissen ergeben. Nämlich dann, wenn die mehreren Schuldner auch oder gar nur mit einem Vermögenskomplex haften, der durch das Gesamthandsprinzip zusammengehalten wird, und der Gläubiger seine Befriedigung aus diesem Vermögenskomplex durchführen will. So darf zwar bei Gesellschaftsschulden der Gläubiger vermöge der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter von jedem Schuldner die ganze Leistung fordern. Das isolierte Vorgehen gegenüber einem einzelnen Sozius eröffnet ihm aber die Zwangsvollstreckung nur in dessen Alleinvermögen: will er in das Gesellschaftsvermögen exequieren, so bedarf er dazu eines gegen alle Gesellschafter ergangenen Urteils (§ 736 ZPO.)²⁾. Und ähnliches gilt in Ansehung des ungeteilten Nachlasses für die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Erben (ZPO. § 747).

§ 39. Die Bürgschaft.

Literatur: KREMER, Die Mitbürgschaft (Straßburg 1902); WESTERKAMP, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Berlin 1908); BERTALAN SCHWARZ, Artikel „Garantievertrag und Bürgschaft“

¹⁾ Oben S. 31.

²⁾ Siehe unten § 48 unter 3 (S. 141f.).

im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 3, 1931). Vgl. auch die in der Vorbemerkung zu § 36 zitierte Schrift von REICHEL.

1. Einen Fall der Schuldnermehrheit stellt auch die Bürgschaft dar, die in der Systematik des Gesetzbuchs ihren Platz unter den „einzelnen Schuldverhältnissen“ gefunden hat, die aber aus den verschiedensten Gründen besser in den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts abgehandelt wird¹⁾. Da sie die Sicherung des Gläubigers dadurch bezweckt, daß er von mehreren Schuldnern jeden auf die ganze Leistung belangen kann, ist sie ihrer juristischen Struktur nach mit der vorhin besprochenen Gesamtschuld verwandt. Aber die Bürgschaft ist eine Gesamtschuld besonderer Art. Bei der Gesamtschuld in ihrer normalen Erscheinungsform waren die mehreren Schuldverbindlichkeiten einander koordiniert und es war darum die Existenz der einen Schuldverpflichtung keineswegs begriffliche Voraussetzung für den Bestand der anderen; die Bürgschaft hingegen setzt einer Hauptverpflichtung eine Nebenverpflichtung an die Seite und diese sekundäre Schuld kann nicht ohne Vorhandensein der primären begründet werden: hier herrscht also keine Koordination, sondern Akzessorietät. Und dieses akzessorische Verhältnis führt im Gegensatz zu dem geringen funktionellen Einfluß, den sonst bei der Gesamtschuld die eine Obligation auf die andere ausübt, zu einer starken inhaltlichen Beherrschung der Bürgschaftsschuld durch die Hauptschuld. Das Gesetzbuch hat dieses potenzierte Maß von Abhängigkeit dadurch zum Ausdruck gebracht, daß es beim Bürgen nicht von einem „Mitschulden“, sondern von einem „Einstehen“ für eine fremde Verbindlichkeit redet (§ 765 Abs. 1). Dabei wird es oft schwer sein, zu entscheiden, ob jemand, der zugunsten einer fremden Schuld interveniert, bloßer Bürge hat werden oder ob er die Sicherung des Gläubigers durch einen Schuldbeitritt hat herstellen, also die volle gesamtschuldnerische Haftung eines Schuldnergenossen hat auf sich laden wollen. Weil derjenige, der einem notleidenden Schuldner beispringt, es regelmäßig nur unter den für ihn leichtesten gesetzlichen Bedingungen zu tun beabsichtigt, wird die Vermutung für die Bürgschaft streiten, so daß es Sache des eine weitergehende Intervention behauptenden Gläubigers ist, die Gründe darzutun, die im konkreten Falle für eine kumulative Schuldübernahme sprechen.

Die hier betonte Akzessorietät bezieht sich nur auf das Verhältnis von Bürgschaft und Hauptschuld. Hat sich der Gläubiger durch mehrere Bürgen gesichert, so greift zwischen letzteren solche Akzessorietät nicht Platz: sie stehen dem Gläubiger als koordinierte Schuldner gegenüber und haben im Rahmen der Bürgenhaftung ihre Verbindlichkeit nach den normalen Grundsätzen der Gesamtschuld zu erfüllen (§ 769). Anders wiederum als diese Mitbürgschaft ist die Afterbürgschaft zu beurteilen: sie soll den Gläubiger lediglich gegen ein Versagen des Bürgen schützen und ist darum der Hauptbürgschaft gegenüber akzessorischer Natur. Nicht zu verwechseln mit der Afterbürgschaft ist die Rückbürgschaft, durch die der Bürge seine etwaige Regreßforderung gegen den Schuldner vor den Gefahren schützt, die ihr aus dessen Insolvenz drohen.

2. Das Bürgenverhältnis wird begründet durch Vertragsschluß zwischen Gläubiger und Bürgen: eine Mitwirkung des Hauptschuldners ist nicht nötig und höchstens für den späteren Rückgriff des Bürgen gegen den Schuldner von Bedeutung. Der Bürgschaftsvertrag kann von den Parteien zur Sicherung jedweder Schuld, also nicht etwa nur zum Schutze von Geldschulden verwendet und er kann auch über künftige oder bedingte Verbindlichkeiten eingegangen werden (§ 765 Abs. 2).

Durch den akzessorischen Charakter der Bürgschaft rückt der Bürge im Vergleich zum Hauptschuldner gewissermaßen in den juristischen Hintergrund. Aus dieser Subsidiarität schöpfen diejenigen, die eine Bürgschaft eingehen, nur allzu-

¹⁾ Vgl. oben S. 9.

gern die trügerische Hoffnung von der praktischen Bedeutungslosigkeit der übernommenen Nebenschuld. So hat trotz oder infolge ihrer Akzessorietät die Bürgschaft von jeher zu den gefährlichen, ja vielleicht zu den gefährlichsten Geschäften des Privatrechts gehört (*ἐγγύα πάρα δ'ἄτα*). Das Gesetz versucht darum, dem sich Verbürgenden die Tragweite des Aktes dadurch zum Bewußtsein zu bringen, daß es, wenigstens außerhalb des Handelsverkehrs, Schriftlichkeit des Bürgschaftsversprechens (nicht des Bürgschaftsvertrages) verlangt. Soweit freilich der Bürge ein wegen Formmangels nichtiges Bürgschaftsversprechen freiwillig erfüllt, wird der Mangel der Form nachträglich geheilt (§§ 766 BGB., 350 HGB.).

3. Die Einzelwirkungen der Akzessorietät bringt das Gesetz einmal in § 767 zum Ausdruck, demzufolge „für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend ist“. Im Gegensatz zu den Regeln, die wir bei der Gesamtschuld kennenlernten, gehen also inhaltliche Erweiterungen der Hauptschuld, die sich aus einer vom Schuldner zu vertretenden Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung ergeben, zu Lasten des Bürgen, während eine rechtsgeschäftliche Ausdehnung der Hauptschuld, die Gläubiger und Schuldner nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages vornehmen, den Bürgen selbstverständlich nicht berührt. Eine nachträgliche Reduzierung der Hauptschuld kommt dem Bürgen stets zugute, es müßte denn sein, daß sie auf einer von ihm selbst schuldhaft herbeigeführten Unmöglichkeit der Leistung oder auf einem Zwangsvergleich beruhte, denn beide Arten von Verteidigung wären mit dem Sicherungszweck der Bürgschaft nicht vereinbar (§§ 157 BGB.; 73 Abs. 2 Vergl. O.; 193 KO.). Die Akzessorietät äußert sich ferner in dem Rechte des Bürgen, die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend zu machen (mit Ausnahme der Einrede der beschränkten Erbenhaftung, die eine ähnlich unzulässige Berufung des Bürgen auf die Insolvenz des Schuldners bedeuten würde, wie das Vorschützen des Zwangsvergleiches), und in seiner Befugnis, die Leistung zu verweigern, so lange der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit anfechten oder der Gläubiger gegen fällige Forderungen des Schuldners kompensieren kann (§§ 768, 770)¹). Vor allem aber ist in der Akzessorietät die sogenannte Einrede der Vorausklage (*beneficium excussionis*) enthalten, die besagt, daß der Bürge dem Leistungsbegehre des Gläubigers erst nachzukommen braucht, wenn dieser gegen den Hauptschuldner die Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht hat (§§ 771, 772). Ausgeschlossen ist die Einrede der Vorausklage einmal für den sich im Betrieb seines Handelsgeschäftes verbürgenden Vollkaufmann (§§ 349, 351 HGB.) und sodann in den in § 773 aufgezählten Fällen, von denen der wichtigste der Verzicht des Bürgen auf die Einrede ist (selbstschuldnerische Bürgschaft). Die der Bürgenhaftung durch ihren akzessorischen Charakter an sich schon gezogenen Schranken kann der Bürge zum Zwecke seiner Risikominderung noch dadurch erhöhen, daß er die Bürgschaft von vornherein nur auf bestimmte Zeit übernimmt. Für die also befristete Bürgschaft hat das Gesetz in § 777 wichtige Auslegungsregeln aufgestellt.

4. In dem „Einstehen für fremde Schuld“, das, wie wir sahen, das Wesen der Bürgschaft ausmacht, liegt es einbeschlossen, daß der Bürge mit der gegenüber dem Gläubiger übernommenen Verbindlichkeit das eigene Vermögen regelmäßig nicht endgültig belasten will. Sondern die Rolle des endgültig Haftenden fällt im Verhältnis von Bürgen und Hauptschuldner normalerweise dem letzteren zu. Die Rechte, die aus dieser Rollenverteilung dem Bürgen gegen den Hauptschuldner möglicherweise erwachsen, sind vor der Zahlung auf Befreiung von der Bürgschaft, nach der Zahlung auf Ersatz des Gezahlten gerichtet. Für den Fall, daß die Parteien

¹) Nicht im Widerspruch mit der Akzessorietät der Bürgenhaftung steht es, daß nach § 768 Abs. 2 der Bürge die Einreden des Hauptschuldners selbst dann behält, wenn dieser auf sie verzichtet. Es handelt sich hier nur um einen selbstverständlichen Ausfluß des schon im § 767 Abs. 1 Satz 3 zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedankens.

selbst nichts anderes bestimmt haben, führt das Gesetzbuch in § 775 eine Reihe von Voraussetzungen auf, unter denen derjenige Bürge einen Befreiungsanspruch gegen den Hauptschuldner geltend machen kann, der die Bürgschaft als Mandatar oder negotiorum gestor des Schuldners übernommen hat. Wo Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag der Bürgschaft zugrunde liegt, wird auch der Erstattungsanspruch in erster Linie durch dieses Innenverhältnis bestimmt; wo sie fehlen, entsteht er eventuell als Bereicherungsanspruch. Aber wie bei der Gesamtschuld, so hat auch hier das Gesetzbuch dafür gesorgt, daß der Regreßanspruch niemals bloßer Bereicherungsanspruch ist und daß die Sicherungen, die dem Schutze des Gläubigers dienen (Pfänder, anderweitige Bürgschaften), auch dem Regreßberechtigten zugute kommen: es geht in dem Umfang, wie der Bürge den Gläubiger befriedigt, dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über¹). Und da für das Rückgriffsrecht des Bürgen, das in der Mehrzahl aller Fälle einem insolventen Schuldner gegenüber ausgeübt wird, die der Forderung anhaftenden Sicherungen von besonderer Wichtigkeit sind, wird der Bürge von seinen Verpflichtungen gegen den Gläubiger insoweit frei, als dieser solche Sicherungen zum Schaden des Bürgen aufgegeben hat. Folgt ausnahmsweise aus dem Innenverhältnis von Hauptschuldner und Bürgen, daß letzterer keinen Regreßanspruch haben soll, so würde der Schuldner einen entsprechenden Einwand natürlich auch der auf den Bürgen übergegangenen Gläubigerforderung entgegenstellen können (§§ 774, 776).

5. Ein Bürgschaftsvertrag ist darin nicht zu finden, daß jemand einen andern beauftragt (und damit verpflichtet), im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu gewähren (Kreditauftrag; *mandatum qualificatum*). Vielmehr wäre die Frage, inwieweit der Auftraggeber dem Beauftragten für den diesem aus der Kreditgewährung erwachsenden Schaden einzustehen habe, an und für sich nach Mandatsgrundsätzen zu beantworten. Da letztere indessen zur Befriedigung der hier in Betracht kommenden Verkehrsbedürfnisse nicht ausreichen, hat das Gesetz in § 778 die schon dem römischen Rechte bekannte Vorschrift aufgenommen, daß der Mandant dem Mandatar „für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge haftet“.

¹) Wiederum mit dem üblichen Vorbehalt zugunsten des Gläubigers: § 774 Satz 2 und vorhin S. 101 Anm. 2 und oben S. 61 Anm. 1.

Zweiter Teil.

Einzelne Schuldverhältnisse.

Erstes Kapitel.

Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften.

§ 40. Kredit- und gewagte Geschäfte.

Literatur: LAMMFROMM, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag. Untersuchungen aus dem Privatrecht (Leipzig 1897); v. SCHWARTZKOPPEN, Artikel „Darlehn“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929); SEPP, Der Leibrentenvertrag nach dem BGB. (München 1904); BOVENSIEPEN, Artikel „Leibrente“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 3, 1928); COHN, Die Lotterie- und Ausspielgeschäfte in Endmanns Handbuch des Handelsrechtes, Bd. 3 (Leipzig 1885); ELSTER, Artikel „Spiel“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 5, 1928).

Kreditgewährung und demgemäßes Wagnis kann sich mit jedem Schuldvertrag verbinden. Aber es gibt Schuldverhältnisse, für die das Kreditieren und das Laufen eines Risikos begriffliche Erfordernisse sind. Dahin gehören das Darlehn, die Leibrente und Spiel und Wette¹⁾. Von ihnen soll hier in Kürze die Rede sein.

1. Das Darlehn. Nach der landläufigen Definition versteht man unter Darlehn die Hingabe vertretbarer Sachen in das Vermögen des Empfängers mit der Verabredung, daß letzterer sie zu Eigentum erwerben, später aber Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückgeben soll. Indessen kann ein Gelddarlehn auch in der Form der Banküberweisung oder des Schecks oder dadurch gewährt werden, daß der Darlehnsgeber dem Darlehnsnehmer eine Forderung abtritt, aus deren Einkassierung oder Verwertung sich dieser die Darlehnsvaluta besorgen soll. Oder er gibt ihm einen anderen Gegenstand mit der Verabredung hin, daß er ihn verkaufe und den Erlös für sich behalte (*contractus mohatrae*). Vielleicht auch verschafft er ihm die Darlehnsvaluta, indem er ihn, etwa vermittelt privater Schuldübernahme, von einer Verbindlichkeit befreit. Ja, nach § 607 Abs. 2 kann jeder, der „Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen“. Darnach werden wir die obige allzusehr auf den Bargeldverkehr zugeschnittene Definition dahin zu korrigieren haben, daß wir den von ihr gedeckten Fällen alle anderen gleichstellen, in denen sich jemand verpflichtet, eine ihm zugewendete oder von ihm geschuldete Wertsumme als Darlehn zurückzuzahlen.

Das Darlehn gehört, da hier der eine Teil lediglich Gläubiger, der andere lediglich Schuldner ist, zu den sogenannten „einseitigen Schuldverträgen“²⁾. Zinsen kann der Gläubiger nicht schon kraft Gesetzes, sondern nur, wenn sie im Vertrag (sei es ausdrücklich, sei es nach Verkehrssitte) bedungen sind, verlangen. Wo sie geschul-

¹⁾ Der ebenfalls hierher zu rechnende Versicherungsvertrag gehört dem Handelsrecht an und ist in diesem Sammelwerk überdies Gegenstand besonderer Darstellung (Nr. 13; Privatversicherungsrecht von VIKTOR EHRENBERG).

²⁾ Oben S. 50.

det sind und nichts Abweichendes vereinbart ist, sind sie bei Jahresablauf, spätestens aber bei Rückerstattung des Darlehns zu entrichten (§ 608). Ist für die Rückerstattung ein Zeitpunkt von den Parteien nicht bestimmt, so kann das zinslose Darlehn vom Schuldner jederzeit zurückgezahlt werden, während im übrigen die Fälligkeit des Darlehns von einer Kündigung des Gläubigers oder des Schuldners abhängt, deren Frist sich auf drei Monate oder einen Monat beläuft, je nachdem das Darlehn den Betrag von dreihundert Mark übersteigt oder nicht (§ 609)¹⁾.

Noch kein Darlehn ist der sogenannte Darlehnsvorvertrag (*pactum de mutuo dando*). Denn in ihm wird eine künftige Darlehnsgewährung versprochen. Der Promissar erhält hier also gegen den anderen Teil einen Anspruch auf Abschluß eines Darlehnsgeschäftes. Ob er sich seinerseits auch zur Annahme des Darlehns verpflichtet, ist Auslegungsfrage. Der Anspruch auf Darlehnsgewährung ist zufolge § 399 unübertragbar. Natürlich wird sich jemand zum Versprechen einer Darlehnshingabe regelmäßig nur gegenüber einem solventen Vertragsgegner verstehen. Darum anerkennt hier das Gesetz für den Zweifelsfall die *clausula rebus sic stantibus* und gibt dem Versprechenden ein Widerrufsrecht, „wenn in den Vermögensverhältnissen des andern Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird“ (§ 610).

2. Die Leibrente. Ihr Begriff wird vom BGB. nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Nach dem juristischen Sprachgebrauch versteht man unter Leibrente ein Schuldverhältnis, kraft dessen der eine Teil verpflichtet ist, dem anderen Teile auf beschränkte Zeit, gewöhnlich bis zu dessen Tode, periodisch wiederkehrende, in Geld oder sonstigen vertretbaren Sachen bestehende Leistungen zu bewirken. Solche Leibrentenpflicht kann unmittelbar vom Gesetz angeordnet werden (vgl. z. B. §§ 843, 844); sie kann ferner durch letztwillige Verfügung auferlegt werden und sie kann endlich, was uns hier allein interessiert, durch Vertrag begründet werden. Der Leibrentenvertrag ist (wennschon er in dieser Gestalt natürlich nur unter einander nahe stehenden Personen vorkommt) als unentgeltlicher Vertrag denkbar; dann trägt er zugleich die Merkmale des Schenkungsversprechens an sich. Er kann aber auch jedwede Art von Gegenleistung in sich aufnehmen; nur muß sich letztere auf die Leibrente im ganzen beziehen, denn nach deren herkömmlichem Begriff vertragen die einzelnen Raten keine Abhängigkeit von einem jeweilig wiederkehrenden Entgelt. Als Gegenleistung für eine Leibrente könnte beispielsweise ein Grundstück ausbedungen werden (man denke etwa an Altenteilsverträge)²⁾ oder es wird eine Leibrente versprochen als Äquivalent für eine Summe vorausgegangener Dienstleistungen (Pensionsversprechen). Die häufigste Form des Entgelts für eine Leibrente ist die einmalige Hingabe einer Kapitalsumme. Indem hier die Leibrentenbeträge als Äquivalent, also an Stelle eines empfangenen Kapitals zu entrichten sind, unterscheiden sie sich von Zinsbeträgen; denn diese werden neben einem Kapital geschuldet³⁾. Der Austausch von Kapital und Leibrente stellt für beide Parteien ein gewagtes Geschäft insofern dar, als der Empfänger der Rente normalerweise vorleistet, also sich des Kapitals entäußern muß gegen den Erwerb bloßer Forderungsrechte, und der Leibrentenschuldner periodische Zahlungspflichten übernimmt, deren Umfang er infolge Unkenntnis ihrer zeitlichen Dauer regelmäßig nicht vorherzusehen vermag. Gemindert wird dieses Risiko dadurch, daß als Rentenpflichtige in solchen Leibrentenverträgen fast immer nur größere Institute auftreten, die den gewerbmäßigen Abschluß der Verträge auf mathematischer Grundlage vornehmen nach den Regeln der Statistik und der Wahrscheinlichkeitsrechnung.

¹⁾ Zur Frage einer etwaigen Darlehnsaufwertung vgl. das oben § 6 unter 4 Gesagte.

²⁾ Dazu Reichsgesetz vom 18. 8. 1923 über die anderweitige Festsetzung von Geldbezügen aus Altenteilsverträgen.

³⁾ Oben § 7 unter 1a (S. 22f.).

Das Gesetzbuch schreibt für das Leibrentenversprechen (nicht für den Leibrentenvertrag) Schriftlichkeit vor. Soweit die causa der Rentenverpflichtung (Schenkung) oder die Art der vereinbarten Gegenleistung (Grundstück) eine strengere Form verlangt, ist diese zu beobachten (§ 761). Im übrigen hat sich das Gesetzbuch bei der Normierung der Leibrente mit der Aufstellung einiger Auslegungssätze begnügt: daß die Rente im Zweifel für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten ist (bei Festsetzung eines dies ad quem also wegfällt, wenn der Gläubiger vor Eintritt des dies stirbt); daß der für die Rente bestimmte Betrag in der Regel den Jahresbetrag der Rente bedeutet; daß Geldrenten quartalsweise pränumerando zu zahlen sind und daß dem Gläubiger, der den Beginn des Zeitabschnitts, für den die Rente im voraus zu entrichten ist, erlebt hat, der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag gebührt (§§ 759, 760).

3. Spiel und Wette. Beides sind Glücksverträge unter entgegengesetzten Bedingungen: je nach dem, den Parteien unbekanntem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von bestimmten Umständen soll der eine oder der andere Teil eine Leistung an den Gegner bewirken. Die im gemeinen Rechte bestrittene Grenzziehung von Spiel und Wette erübrigt sich nach BGB. deshalb, weil beide den gleichen Rechtssätzen unterstehen. Unter den Spielen und Wetten lassen sich verschiedene Arten unterscheiden: die sogenannten neutralen, d. h. diejenigen Spiele, die nicht verboten, aber auch nicht im einzelnen Falle besonders genehmigt sind, die also nur in dem Sinne als erlaubt bezeichnet werden dürfen, in dem alles Nicht-Verbotene erlaubt ist; die konzessionierten, d. h. im einzelnen Falle mit behördlicher Genehmigung veranstalteten Spiele (Lotterien, wo der Gewinn in Geld, Ausspielgeschäfte, wo er in anderen Sachen besteht) und die verbotenen Spiele (öffentliche und gewerbsmäßige Glücksspiele nach den §§ 284, 285 StrGB. in der Fassung des Reichsgesetzes vom 23. 12. 1919; der obrigkeitlichen Erlaubnis entbehrende Lotterien, Ausspielgeschäfte und Renn-Wettunternehmen nach § 286 StrGB. und Rennwett- und Lotteriegesezt vom 8. 4. 1922; das Spiel in auswärtigen Lotterien nach Landesrecht).

Diese Arteinteilung ist bedeutsam für die Rechtswirkung von Spiel und Wette. Bei den neutralen Spielen kommt die Gleichgültigkeit, mit der die Rechtsordnung ihrer Veranstaltung gegenübersteht, auch in ihrer privatrechtlichen Wertung zum Ausdruck: es wird durch sie ein Schuldverhältnis nicht begründet; derjenige Teil aber, der — und sei es auch in Unkenntnis von ihrer Unverbindlichkeit — freiwillig gezahlt hat, kann das Geleistete vom Gegner nicht aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen (§ 762 Abs. 1). Denn die Leistung hat, wenschon keiner Rechtspflicht, so doch einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen (vgl. § 814). Und was von dem neutralen Spiele selbst, das gilt auch von einem über die Spielschuld abgegebenen abstrakten Schuldversprechen: kein Erfüllungsanspruch des Gewinners, aber das Recht zur soluti retentio (§ 762 Abs. 2). Hingegen erzeugt der Vertrag aus einem konzessionierten Spiele eine vollgültige Obligation mit Klagbarkeit sowohl hinsichtlich des Einsatzes wie des Gewinnes (§ 763 Satz 1). Dabei verkörpert sich die Forderung auf den Gewinn gewöhnlich in einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, dem sogenannten Lotterielos¹⁾. Für das verbotene Spiel endlich gilt der grundsätzlichen die Geschäftsnichtigkeit vorschreibende § 134 BGB., so daß beispielsweise das öffentliche und das gewerbsmäßige Glücksspiel weder eine Erfüllungspflicht des Verlierers noch auch ohne weiteres die Befugnis des anderen Teiles zur Einbehaltung des Empfangenen begründen. Nur da, wo der Inhalt des Verbotsgesetzes nicht die Nichtigkeit des Spielvertrags verlangt, kann auch das verbotene Spiel die Wirkung des neutralen,

¹⁾ Bei Rennwetten haben nach § 4 des oben zitierten Reichsgesetzes vom 8. 4. 1922 der Unternehmer des Totalisators und der Buchmacher über die Wette einen „Wettschein“ auszustellen und erst mit seiner Aushändigung (oder der Eintragung der Wette in das Wettbuch) ist die Wette für die Beteiligten verbindlich.

ja selbst die des konzessionierten Spieles haben. Ersteres ist für die staatlich nicht genehmigten Lotterien und Ausspielungen in § 763 Satz 2 ausdrücklich betont; letzteres wird für die im Widerspruch zu landesrechtlichen Bestimmungen mit auswärtigen Lotterien abgeschlossenen Spielverträge anzunehmen sein.

Dem neutralen Spiele wird in § 764 das Differenzgeschäft gleichgeachtet. Man versteht darunter Verträge, die zwar auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lauten, bei denen aber nur der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- und Marktpreis des Lieferungstages von demjenigen Teile gezahlt werden soll, zu dessen Nachteil er sich eingestellt hat. Seine hauptsächlichste Bedeutung hat das Differenzgeschäft im Börsenverkehr. Hier ist es durch Sondervorschriften geregelt, von denen im Börsenrecht zu handeln ist.

§ 41. Der Kaufvertrag.

Literatur: BECHMANN, Der Kauf nach gemeinem Rechte, Bd. 1—3 (Erlangen, Leipzig 1876—1908); EMERICH, Kauf- und Werklieferungsvertrag (Jena 1899); SÜSS, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel (Leipzig 1931); HANAUSEK, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem und gemeinem Recht (Berlin 1883—1887); PISKO, Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware (2. Aufl., Wien 1926); JOHN WOLFF, Die Haftung des Verkäufers einer fremden beweglichen Sache in den Vereinigten Staaten von Amerika in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht (Heft 2 der vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebenen Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Berlin 1930); EISSER, Die Gefährtragung beim Kaufvertrag (Heft 4 der von TITZE und MARTIN WOLFF herausgegebenen rechtsvergleichenden Abhandlungen; Berlin 1927); RÜHL, Eigentumsvorbehalt und Abzahlung (Heft 6 der Abhandlungen aus der Berliner Juristischen Fakultät; Berlin 1930); STULZ, Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht (3. Aufl., Berlin 1932); Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht, veröffentlicht von der Berliner Industrie- und Handelskammer (Berlin 1931). Mit den Besonderheiten des Handelskaufes beschäftigt sich die ausführliche Darstellung von OERTMANN in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechtes Bd. 4, Abt. 2 (Leipzig 1918). Von großem Werte für das deutsche Recht, namentlich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsvergleichung, ist das umfangreiche Werk von TORE ALMÉN, „Das Skandinavische Kaufrecht. Ein Kommentar zu den skandinavischen Kaufgesetzen unter eingehender Berücksichtigung ausländischen Rechtes“, 3 Bde. (deutsche Ausgabe von NEUBECKER, Heidelberg 1922). Dem speziellen Zwecke der Rechtsvergleichung dient der vom Berliner Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebene (nicht im Buchhandel erschienene) Rapport sur le droit comparé en matière de vente (Société des Nations; Institut international de Rome pour l'unification du droit privé; 1929); vgl. auch die übersichtlichen rechtsvergleichenden Tabellen, die STULZ unter dem Titel „Das Recht des Kaufs im Ausland“ in JW. 1928, 585f. veröffentlicht hat.

1. Der Inhalt des Kaufvertrags ist auf entgeltliche Veräußerung eines Gegenstands, also auf Austausch von Ware und Preis gerichtet. Aber der Kauf stellt nach BGB. die entgeltliche Veräußerung noch nicht dar, sondern bereitet sie nur vor. Denn er begründet auf beiden Seiten nur die Verpflichtung zur Hergabe, während Veräußerung und Entgeltzahlung selbst erst in Erfüllung dieser Pflichten durch die jeweilig in Betracht kommenden Übertragungsakte erfolgen¹⁾. Es bildet also nach dem Vorbild des Römischen Rechtes der Kaufvertrag bloß die causa der Veräußerung und jener und diese sind, auch wenn sie zeitlich zusammenfallen, begrifflich selbständige Geschäfte, so daß die Unwirksamkeit des einen keineswegs die des anderen zu bedeuten braucht.

Kaufobjekt kann jedes einer Übertragung fähige wirtschaftliche Gut sein, und zwar sowohl das einzelne Gut wie ein Komplex von Gütern. Die größte Rolle spielen als Kaufgegenstände natürlich die Sachen und die Rechte. Das Gesetzbuch beschäftigt sich in seinem vom Kaufe handelnden Titel unmittelbar nur mit diesen beiden Arten von „Ware“. Und da es im Gegensatz zu der im römisch-gemeinen

¹⁾ Nach zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen geht, wenigstens beim Spezieskauf, das Eigentum an der Ware schon im Moment des Kaufabschlusses auf den Käufer über. So vor allem Frankreich und Italien (Art. 1583 code civil und 1448 codice civile); aber auch England (s. 17, 18 sale of goods act) und Rußland (§ 66 Zivilgesetzbuch).

Rechte herrschenden Ansicht den Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer Eigentum an ihr zu verschaffen, so trifft nach BGB. jeden Verkäufer eine Rechtsverschaffungspflicht. Die Verpflichtung zur Besitzübertragung hingegen lastet auf dem Verkäufer grundsätzlich nur beim Sachkauf, und nur ausnahmsweise auch beim Rechtskauf (§ 433 Abs. 1). Sie schließt häufig nach Abrede oder Verkehrssitte eine Verpackungs- und Versandungspflicht in sich.

Die Verpflichtung des Käufers erschöpft sich regelmäßig in der Kaufpreisschuld. Ihre Höhe unterliegt der freien Vereinbarung, soweit sich nicht Schranken aus dem Verbot des Wuchers ergeben oder außergewöhnliche Zeiten, wie wir sie in und nach dem Kriege erlebt haben, die Gesetzgebung veranlassen, gegen übermäßige Preissteigerungen vorzugehen¹⁾. Die Kaufpreisschuld ist eine Geldschuld, für deren Begleichung die Parteien aber natürlich auch andere Formen als die Barzahlung vereinbaren können. In Ergänzung der Kaufpreisschuld kann der Vertragsinhalt Nebenpflichten des Käufers vorsehen, teils solche, die mit als Gegenleistung für die Ware gedacht sind, teils solche, die außerhalb dieses Zweckes liegen. Die dem Käufer in § 433 Abs. 2 auferlegte Abnahmepflicht wird nur selten zu den ersteren, sondern regelmäßig zu den letzteren gehören. Diese Abnahmepflicht enthält keine Billigungspflicht des Käufers. Solche wäre da überflüssig, wo die Ware vertragsmäßig ist, und da sinnlos, wo letztere vertragswidrig ist. Sondern Abnahme bedeutet hier nur körperliche, für den Verkäufer Platz schaffende Entgegennahme der Ware seitens des Käufers. Sie ist darum auch bloß dort von Erheblichkeit, wo der Verkäufer ein Interesse daran hat, über den Raum, den der Kaufgegenstand bei ihm einnimmt, anderweitig disponieren zu können. Alsdann aber handelt es sich bei ihr um eine echte Schuldnerpflicht, so daß der Käufer, der sie nicht erfüllt, gegebenenfalls sowohl in mora accipiendi, wie in mora solvendi gerät.

2. Die Kaufverträge lassen sich nach den mannigfachsten Gesichtspunkten gruppieren. Abgesehen von den sich aus der Verschiedenheit der Kaufobjekte ergebenden Einteilungsmöglichkeiten (Sachkauf und Rechtskauf) kann man je nach der Fälligkeit der Leistungen, soweit es sich um den Kaufpreis handelt, den Barkauf, den Kreditkauf und den Pränumerationskauf, und soweit es sich um die Ware handelt, den Tageskauf und den Zeitkauf (Lieferungskauf) unterscheiden²⁾. Eine praktisch bedeutsame Sondervorschrift für den Kreditkauf enthält § 454, der dem Verkäufer nach Lieferung der Ware das Rücktrittsrecht nimmt, das ihm nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts im Falle des Verzugs des Käufers zustehen würde. Kraft Vertrags wieder hergestellt wird dieses Rücktrittsrecht für gewöhnlich bei einer bestimmten Art des Kreditkaufs, beim sogenannten Abzahlungsgeschäft, und meistens ist die Unterwerfung unter das Rücktrittsrecht des Verkäufers nicht das einzige Opfer, das hier der Käufer dafür bringen muß, daß ihm die Abtragung des Kaufpreises in Raten gestattet wird. Wegen ihrer wirtschaftlichen Gefährlichkeit haben diese Abzahlungsgeschäfte eine zum großen Teile von zwingenden Normen beherrschte Einzelregelung durch das neben dem BGB. in Kraft gebliebene Reichsgesetz vom 16. 5. 1894 erfahren.

In bezug auf die Lokalisierung der Leistungspflicht des Verkäufers heben sich voneinander ab die Kaufverträge, denen zufolge die Ware an dem Orte zu liefern ist, an dem sie sich befindet (Platzkauf), und die andern, wo der Kaufvollzug eine Versendung der Ware bedingt. Unter den letzteren wiederum spielen diejenigen eine besondere Rolle, bei denen der Ort, an den die Ware versendet wird, nicht der Erfüllungsort, sondern bloß der Ablieferungsort ist (Distanzkauf)³⁾.

¹⁾ Die darüber seiner Zeit erlassenen Verordnungen sind durch das Reichsgesetz vom 19. 7. 1926 (RGBl. I S. 413) aufgehoben worden.

²⁾ Über den Begriff des Sukzessivlieferungsgeschäftes vgl. oben S. 13.

³⁾ Über die Begriffe Erfüllungsort und Ablieferungsort oben § 14.

Weitere Kaufgruppen werden durch Aufnahme bestimmter Bedingungen in den Vertragsabschluß gewonnen. So ist der „Kauf auf Probe“ unter der, im Zweifel aufschiebenden, Bedingung eingegangen, daß der gekaufte Gegenstand die Billigung des Käufers findet: *res empta esto, si placuerit* (§§ 495, 496)¹⁾. Dieser Kauf auf Probe darf nicht verwechselt werden mit dem (unbedingten) Kaufe „nach Probe“, wo die Eigenschaften einer Probe als vom Verkäufer zugesichert anzusehen sind (§ 494) und ebensowenig mit dem Kaufe „zur Probe“, wo der Käufer für den Fall der Zufriedenheit mit der Ware weitere Aufträge in unverbindlicher Weise in Aussicht stellt. Mit einem bedingten Kaufe haben wir es ferner zu tun bei der sogenannten *emptio rei speratae*, dem Kaufe zukünftiger Sachen, wo der Kaufpreis nur zu zahlen ist, wenn die Kaufsache (das von der Kuh zu werfende Kalb, die Ernte eines Ackers) zur Existenz gelangt, dann aber ohne Rücksicht auf die Qualität der im voraus gekauften Ware. Wiederrum nicht zu verwechseln mit dieser *emptio rei speratae* ist die (unbedingte) *emptio spei*, der Hoffnungskauf, wo eine Erwerbssaussicht den Kaufgegenstand bildet und darum der Kaufpreis auch dann zu zahlen ist, wenn die Hoffnung auf den Erwerb fehlschlägt (das ausgeworfene Fischernetz, auf dessen Inhalt der Käufer spekuliert hat, wird leer aus dem Wasser gezogen; das erwartete Kalb kommt infolge Todes der Kuh nicht zur Welt; der Acker wird vor der Ernte weggeschwemmt). Bei der *emptio rei speratae* will der Käufer nur das Risiko der Qualität und Quantität, bei der *emptio spei* auch das der Entstehung der Ware tragen. Als bedingter Kauf stellt sich sodann der *Wiederkauf* dar, insofern hier gelegentlich eines Kaufabschlusses ein zweiter Kauf über denselben Gegenstand zwischen denselben Personen, aber bei umgekehrter Rollenverteilung abgeschlossen wird, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß der Verkäufer erklärt, von dem ihm eingeräumten Wiederkaufsrecht Gebrauch zu machen. Es soll dadurch einem Verkäufer, der auf den späteren Wiedererwerb der Kaufsache Wert legt, die Möglichkeit gegeben werden, sich ihren Wiedergewinn zu sichern (§§ 497—503). Ebenfalls als bedingter und sogar als doppelt bedingter Kauf ist der *Vorkauf* zu charakterisieren. Hier kommt ein Kauf zustande einmal unter der Bedingung, daß der Verkäufer den Vertragsgegenstand an einen Dritten verkauft, und unter der weiteren Bedingung, daß der Vorkaufsberechtigte in dieses Kaufgeschäft eintritt. Der Vorkauf dient den Interessen desjenigen, der eine Sache nicht eher erwerben will, als bis Gefahr besteht, daß sie in die Hände eines Dritten gelangt. Im Gegensatz zum Wiederkaufsrecht kann das Vorkaufsrecht ohne zeitliche Grenze vereinbart werden, ist dafür aber, anders als jenes, unübertragbar und nur, wo es als befristetes begründet worden ist, vererblich (§§ 504—514). Von dem bloß bei Grundstücken zulässigen dinglichen *Vorkaufsrecht* ist im Sachenrecht zu handeln²⁾. Keinen bedingten Kaufvertrag stellt der Kauf unter Eigentumsvorbehalt dar: hier wird das Eigentum an der (unbedingt) verkauften Sache unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen. Und weil hier das Bedingte die Erfüllung und nicht der Kaufvertrag ist, ist der Kauf unter Eigentumsvorbehalt nur bei beweglichen Sachen möglich (§§ 455, 925 Abs. 2).

3. Die Pflichten des Käufers und des Verkäufers und die Folgen ihrer Nichterfüllung bestimmen sich nach den allgemeinen Lehren des Obligationen-

¹⁾ Auch wenn die Bedingung infolge des „*displacet*“ des Käufers ausfällt und ein Kaufvertrag somit nicht zustande kommt, bleiben zwischen den Parteien vertragliche Beziehungen (eine Art Leihe-, Benutzungs-, Besichtigungsvertrag) übrig. Der Verkäufer ist darum gegenüber Beschädigungen der Sache durch den Probekäufer nicht auf außerkontraktliche Ersatzansprüche beschränkt.

²⁾ Ausnahmsweise läßt die neuere Bodengesetzgebung, ebenso wie die preußische Rentengesetzgebung auch die Begründung dinglicher Wiederkaufsrechte zu. Aber auch für den Geltungsbereich des BGB. ist die dingliche Wirkung des Wiederkaufsrechtes, wenigstens bis zu einem gewissen Grade, auf dem Umweg der Vormerkung erreichbar. Näheres bei MARTIN WOLFF, Sachenrecht, 8. Aufl. (Marburg 1929), § 126a.

rechts, die nur insoweit nicht eingreifen, als das Gesetz für den Kaufvertrag Sonderrechtssätze aufgestellt hat. Diese kaufrechtlichen Spezialvorschriften betreffen vor allem die Gefahrtragung der Parteien¹⁾ und die Rechts- und Sachmängelhaftung des Verkäufers.

a) Das römische Recht ließ nach der bekannten, nur historisch zu erklärenden Regel: „emptio perfecta periculum est emptoris“ die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der gekauften Sache schon mit Vertragsschluß auf den Käufer übergehen, so daß letzterer den Kaufpreis zahlen mußte, auch wenn er infolge solcher Zufälle den Kaufgegenstand nicht oder nur in unzulänglichem Zustand erhielt. Das BGB. setzt in § 446 Abs. 1 Satz 1 als Zeitpunkt des Gefahrübergangs grundsätzlich die Übergabe der Sache fest. Daß somit Ereignisse, die die ordnungsmäßige Übergabe der Ware vereiteln, dem Verkäufer den Kaufpreisanspruch nehmen, entspricht dem Prinzip des § 323²⁾. Und daß der Verkäufer die Kaufpreisforderung behält, wenn nach der Übergabe ein Zufall die Kaufsache vernichtet oder beschädigt, hat seinen Grund darin, daß, wenigstens bei beweglichen Sachen, der Verkäufer dem Käufer mit der Übergabe auch das Eigentum verschafft und dadurch seine kaufrechtlichen Verpflichtungen sämtlich erfüllt hat. Darum bewirkt auch nach richtiger Ansicht die Übergabe den Gefahrübergang in der Regel nur insoweit, als sie den Eigentumserwerb des Käufers herbeigeführt hat, während dieser umgekehrt auch ohne eigentliche Übergabe die Gefahr zu tragen hat, sobald er auf Grund eines Übergabesurrogates (brevi manu traditio, constitutum possessorium usw.) Eigentümer geworden ist³⁾. Bei Grundstücken freilich fallen Tradition und Eigentumverschaffung nicht zusammen. Wenn trotzdem auch hier das Gesetz den Gefahrübergang an die Übergabe knüpft, so geschieht es aus der Erwägung heraus, daß bei Immobilien der Verkäufer nicht Herr über den Zeitpunkt des Eigentumswechsels ist und es darum unbillig wäre, ihn bis zum Eintritt des letzteren mit der Gefahrtragung zu belasten.

Von dem Übergabeprinzip macht das Gesetz bei der Gefahrverteilung drei wichtige Ausnahmen. Einmal läßt es — gemäß der Regel „casum sentit dominus“ — bei Grundstücken die Gefahr auf den Käufer auch ohne Tradition übergehen, sobald er als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen ist (§ 446 Abs. 2), so daß beim Immobiliarkauf der Käufer die Gefahr trägt, wenn er entweder Besitz oder Eigentum am Grundstück erlangt hat. Sodann bürdet es beim Distanzkauf dem Käufer die Gefahrtragung schon mit dem Moment auf, in dem der Verkäufer „die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat“ (§ 447 Abs. 1), obwohl in diesem Augenblick der Käufer in der Regel weder Besitz noch Eigentum an der Ware erworben hat⁴⁾. Und endlich bestimmt § 2380 Satz 1 für den Erbschaftskauf: „Der

¹⁾ Hierzu oben § 5 Anm. 1 (S. 15).

²⁾ Oben S. 80.

³⁾ Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt geht nach herrschender und richtiger Ansicht die Gefahr mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über. Zwar erwirbt letzterer in diesem Augenblick nur bedingtes Eigentum. Aber mehr als dieses ist infolge des besonderen Vertragsinhaltes der Verkäufer dem Käufer zu verschaffen zunächst auch nicht verpflichtet. Sache des Käufers ist es, für den ihm zum vollen Eigentum verhelfenden Bedingungseintritt zu sorgen. Den Verkäufer über die Tradition hinaus mit der Gefahrtragung zu belasten, wäre auch mit dem Sicherungszweck des Eigentumsvorbehaltes unvereinbar. Im Ergebnis übereinstimmend RG. 85, 320.

⁴⁾ Bei der Genussschuld ist, wie wir früher gesehen haben, der Gefahrübergang nur die Kehrseite der Konzentration. Somit läßt § 447 beim Gattungskauf implicite auch die Konkretisierung in dem oben genannten Zeitpunkt eintreten. Da aber der Verkäufer in diesem Moment weder erfüllt noch den Käufer in Annahmeverzug versetzt hat, bedeutet § 447 eine wichtige Ausnahme von der oben S. 15 aufgestellten Regel. — Im übrigen ist der § 447 in seiner jetzigen Fassung kein gesetzgeberisches Meisterstück und erinnert an den mit ähnlichen Formulierungsmängeln behafteten § 130. Wie hier die Anwendbarkeit der Gesetzesvorschrift von der Ab- oder Anwesenheit der Geschäftsparteien abhängig gemacht wird, obwohl die ratio des Rechtssatzes damit nichts zu tun hat, so stellt der § 447 alles auf die das Wesen der Sache nicht

Käufer trägt von dem Abschluß des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände“, wodurch jene römische Normierung der Gefahrtragung ihre Aufnahme auch in das BGB. gefunden hat, aber beschränkt auf einen diese Normierung vertragenden und verlangenden Spezialfall¹⁾.

Nach dem Grundsatz: „cuius est periculum, eius est commodum“ entscheidet der Zeitpunkt des Gefahrübergangs auch darüber, welcher Partei des Kaufvertrags die Nutzungen des Kaufgegenstands gebühren. Und wiederum: wem die Nutzungen zukommen, der hat auch die Lasten der Sache zu tragen. Im Gesetzbuch finden sich diese Sätze zwar ausdrücklich nur für die in den §§ 446, 2380 geregelten Tatbestände ausgesprochen, sie müssen aber richtigerweise auch für den im § 447 behandelten Versendungskauf gelten.

b) Die Rechtsverschaffung, von der wir oben sagten, daß der Verkäufer zu ihr sowohl beim Sach- wie beim Rechtskauf verpflichtet sei, bedeutet nicht nur Verschaffung des betreffenden Rechtes überhaupt, sondern seine Verschaffung in vertragsmäßigem Zustand. Dazu gehört die Freiheit des Kaufgegenstands von privatrechtlichen Lasten, die von dritten Personen gegen den Käufer geltend gemacht werden können, und bei Forderungen die Abwesenheit von Einreden oder sonstigen der Geltendmachung im Wege stehenden Hindernissen, sie müßten denn ihre Ursache in der Insolvenz des Schuldners haben: denn für dessen Zahlungsfähigkeit (Bonität der Forderung) macht das Gesetz den Verkäufer nicht verantwortlich, und selbst wenn er solche Verantwortlichkeit freiwillig übernommen haben sollte, bezöge sie sich im Zweifel nur auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners zur Zeit der Abtretung. Daß beim Wertpapierkauf das Papier nicht für kraftlos erklärt sein darf, versteht sich, da es sonst an der Verität des Rechtes fehlte, von selbst; das Gesetz verlangt aber, daß es auch nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeben ist (§§ 434—438).

Liegt bei Kaufabschluß ein Rechtsmangel in dem hier angedeuteten Sinne vor, so begründet er keinesfalls die Nichtigkeit des Vertrags. Er begründet sie nicht beim Sachkauf, weil er hier nur eine anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung erzeugt. Er begründet sie aber auch nicht beim Rechtskauf, obwohl er hier möglicherweise Nichtexistenz des Kaufgegenstands und demnach objektive Leistungsunmöglichkeit bedeutet²⁾. Denn die allgemeine Regel des § 306 ist hier durch die Sondervorschrift des § 437 verdrängt. Es könnte also auch über eine nichtige Forderung, einen nichtigen Wechsel, eine nichtige Aktie ein gültiger Kauf zustande kommen.

Aus dem trotz des Rechtsmangels gültigen Kaufvertrag kann im Falle der Behebbarkeit des Mangels der Verkäufer auf Erfüllung seiner Rechtsverschaffungspflicht verklagt werden. Bei schuldhafter Nichterfüllung trifft ihn die Schadens-

treffen je Verschiedenheit von Erfüllungs- und Ablieferungsort ab. Liegt doch die innere Rechtfertigung für den von ihm angeordneten vorzeitigen Gefahrübergang ausschließlich in dem Dazwischentreten der selbstständigen, den Verkäufer nichts mehr angehenden Transportperson oder -anstalt. Darum muß § 447 auch bei Identität von Erfüllungs- und Ablieferungsort eingreifen, wenn der Verkäufer sich zwecks Zusendung der Ware abredegemäß (man denke etwa an die Verhältnisse von Groß-Berlin) der Eisenbahn oder einer Speditionsfirma bedient. Und umgekehrt hat § 447 zu entfallen, wenn trotz Verschiedenheit von Erfüllungs- und Ablieferungsort (man denke etwa an Hamburg und Altona) der Verkäufer die Zusendung durch seine eigenen Leute besorgt. So wie hier auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 447 unter 2b. Anderer Meinung freilich das Reichsgericht selbst, das in Bd. 96 S. 258 bei einem Versendungskauf die Gefahr auf den Käufer nach Maßgabe des § 447 auch dann übergehen läßt, wenn der Transport durch Angestellte des Verkäufers ausgeführt wird. — Über die Gefahrtragung beim Überseekauf und die sich aus der „cif“- und „fob“-Klausel ergebenden Besonderheiten ist das Nähere im Handelsrecht zu sagen.

¹⁾ Das Nähere hierüber im Erbrecht.

²⁾ Über subjektive und objektive Unmöglichkeit der Leistung siehe oben S. 42.

ersatzpflicht bzw. hat der Käufer die sonstigen Rechtsbehelfe, die das Gesetz dem Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrag gegenüber dessen Verletzung einräumt (§ 440 Abs. 1). Eine Besonderheit der Rechtsmängelhaftung liegt aber darin, daß dem Käufer die Rechte, die der Gläubiger sonst nur aus einem schuldhaften Verhalten des Schuldners ableiten kann, in weitem Umfang auch bei Schuldlosigkeit des Verkäufers zustehen: insbesondere ist ein schon bei Kaufabschluß vorhandener Mangel im Rechte, wie sich aus §§ 437, 439 Abs. 1 ergibt, ein vom Verkäufer schlechthin zu vertretender Umstand (Rechtsmängelgewähr). Und eine weitere Besonderheit der Rechtsmängelhaftung ist es, daß der Käufer einer beweglichen und ihm zum Zwecke der Eigentumsverschaffung tradierten Sache den Schadensersatzanspruch nur geltend machen kann, wenn entweder die Sache untergegangen ist oder er sie dem Verkäufer zurückgewährt oder dem Drittberechtigten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder ein der Herausgabe vom Gesetz gleichgestellter Tatbestand eingetreten ist (§ 440 Abs. 2 und 3)¹⁾.

Rechtsmängelansprüche kann der Käufer nicht geltend machen, wenn er den Rechtsmangel bei Kaufabschluß kennt, es müßte sich denn um pfandartige Belastungen des Kaufgegenstands handeln (§ 439). Daß die Parteien die gesetzliche Rechtsmängelhaftung des Verkäufers im Wege der Vereinbarung abändern können, ist selbstverständlich. Soweit letztere aber zugunsten des Verkäufers getroffen wird, ist sie unwirksam, wenn dieser den Mangel arglistig verschweigt (§ 443). Im übrigen sei bemerkt, daß für unser heutiges Verkehrsleben die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nicht mehr die Rolle spielt, wie im römischen Rechte, da nach den sachenrechtlichen Vorschriften vom gutgläubigen Erwerb der Käufer das begehrte Recht auch von einem Verkäufer übertragen bekommen kann, der es selbst nicht besitzt²⁾.

c) Beim Sachkauf ist, wenschon diese Auffassung nicht unbestritten ist, der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache mit bestimmten Eigenschaften zu liefern. Und zwar muß sie, wenn der Verkäufer hinsichtlich ihrer besondere Zusicherungen gemacht hat, die zugesicherten Eigenschaften haben, andernfalls so beschaffen sein, wie es ihr gewöhnlicher oder der aus dem Vertrag sich ergebende Gebrauchszweck verlangt. Daß die Sache diese Eigenschaften gerade im Moment des Kaufabschlusses besitze, ist weder erforderlich noch ausreichend: maßgebend ist, daß sie im Augenblick des Gefahrübergangs, regelmäßig also bei der Übergabe vorhanden sind. Fehlen sie aber im Zeitpunkt des Kaufabschlusses, so ist, auch wenn der Mangel nicht behebbar ist, der Vertrag nicht wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nichtig, sondern trotz des Sachmangels gültig (§ 459).

Ist die Kaufsache in dem hier angedeuteten Sinne mangelhaft, so hat beim Gattungskauf der Käufer einen Erfüllungsanspruch insofern, als er an Stelle des fehlerhaften Stückes ein mangelfreies verlangen kann (§ 480 Abs. 1). Beim Spezieskauf hingegen steht ihm, auch im Falle der Behebbarkeit des Mangels, ein Erfüllungsanspruch nicht zu. Er würde hier die Natur einer Mängelbeseitigungsklage haben und solche Reparaturpflicht soll dem Verkäufer, der nur selten der Produzent der Ware ist, nicht zugemutet werden. Ebenso wenig kann der Käufer, weder beim Gattungs- noch beim Spezieskauf, aus der dem Verkäufer vom Gesetz auferlegten Mängelgewähr ohne weiteres einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bzw. Schlechtlieferung ableiten. Sondern das Erfüllungsinteresse

¹⁾ Auffällig ist, daß hiernach dem Käufer die Ansprüche aus der Rechtsmängelhaftung des Verkäufers auch dann zustehen, wenn die übergebene Ware durch Zufall untergegangen ist. Denn an und für sich müßten diese Ansprüche entfallen wegen des fehlenden Kausalzusammenhanges zwischen dem Vermögensschaden des Käufers und dem Rechtsmangel des Verkäufers. Das Gesetz steht aber umgekehrt auf dem Standpunkt, daß die Ware, auch wenn sie nicht untergegangen wäre, wegen des Unvermögens des Verkäufers zur Rechtsverschaffung nicht in das Eigentum des Käufers gelangt sein würde. Vgl. dazu WINDSCHEID-KIPP, Pandekten II^o S. 681f.

²⁾ Über die besondere Regelung der Rechtsmängelhaftung beim Erbschaftskauf vgl. die Darstellung des Erbrechts.

kann der Käufer nur geltend machen, soweit ein schuldhaftes Verhalten des Verkäufers solche Forderung zufolge der allgemeinen Vorschriften über Vertragsverletzung begründet; darüber hinaus nur, wenn zugesicherte Eigenschaften schon bei Kaufabschluß gefehlt haben oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (§§ 463, 480 Abs. 2)¹⁾. Hingegen verleiht das Gesetz in allen Fällen der Mangelhaftigkeit der Ware dem Käufer einen Anspruch auf Wandlung des Kaufes oder auf Minderung des Kaufpreises (§ 462). Die Wandlung ist eine Abart des Rücktritts, dessen früher dargestellte Rechtssätze mit einigen Ausnahmen auf sie Anwendung finden; bei der Minderung wird der zu zahlende Kaufpreis auf Grund der Gleichung berechnet, die wir seinerzeit bei der Herabsetzung der Gegenleistung im Falle teilweiser Leistungsunmöglichkeit kennengelernt haben (§§ 467, 472, 473)²⁾. Für den Vollzug von Wandlung und Minderung hat das Gesetz in dem aus theoretischen Erwägungen hervorgegangenen § 465 ein eigentümliches, dem praktischen Leben fremd gebliebenes und von der Rechtsprechung unbeachtet gelassenes Gebilde von Kontrahierungszwang geschaffen³⁾. Die Mehrzahl der dem Käufer aus der Mangelhaftigkeit der Ware erwachsenden Ansprüche ist einer kurzen Verjährung unterworfen, nach deren Ablauf aber dem Käufer möglicherweise noch die einredeweise Geltendmachung seiner Rechte verbleibt (§§ 477, 478, 480 Abs. 1 Satz 2).

Eine Sonderregelung hat die Gewährleistung wegen Sachmängel erfahren, wenn es sich um den Verkauf eines der in § 481 genannten Tiere handelt. Die wichtigsten Abweichungen der Viehmängelhaftung bestehen darin, daß der Verkäufer, soweit er nicht bestimmte Zusicherungen gemacht hat, nur sogenannte Hauptmängel und auch diese nur dann zu vertreten hat, wenn sie sich innerhalb sogenannter Gewährfristen zeigen⁴⁾; daß das Auftreten eines Hauptmangels innerhalb dieser Frist die Vermutung begründet, er sei schon im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhanden gewesen; daß dem Käufer kein Minderungsrecht zusteht und daß die Mängelansprüche einer noch kürzeren Verjährung als sonst und überdies der Präklusion im Falle nicht rechtzeitiger Mängelanzeige unterworfen sind (§§ 482—492).

Ansprüche wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache werden vom Käufer nicht erworben, wenn er den Mangel bei Kaufabschluß kennt, unter Umständen schon dann nicht, wenn er ihn infolge von grober Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 460). Ebenso entfallen die Mängelansprüche, wenn der Käufer trotz Kenntnis des Mangels die Sache vorbehaltlos annimmt (§§ 464, 480 Abs. 1 Satz 2). Sie entstehen ferner aus naheliegenden Gründen nicht beim Erbschaftskauf (§ 2376 Abs. 2) oder wenn die Sache „auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird“ (§ 461) oder wenn der Mangel nur „eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit“ der Sache bedeutet und seine Abwesenheit nicht zugesichert war (§ 459 Abs. 1 Satz 2). Und beim Grundstückskauf kann der Käufer wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandlung nur verlangen, wenn infolge des Mangels die Vertragserfüllung kein Interesse für ihn hat (§ 468 Satz 2). Wie bei der Rechtsmängelhaftung, so sind auch bei der Sachmängelhaftung

¹⁾ Der arglistigen Verschweigung eines Fehlers wird es von der Praxis gleichgestellt, wenn der Verkäufer Eigenschaften, ohne sie zuzusichern, arglistig vorspiegelt. Nachweise aus der Judikatur des Reichsgerichts bei FISCHER-HENLE-TITZE, Handausgabe des BGB., 14. Aufl., § 463 unter 7.

²⁾ Oben S. 80.

³⁾ Das Reichsgericht entbindet den Käufer von der Notwendigkeit, erst auf Erklärung des Einverständnisses zur Wandlung bzw. Minderung zu klagen; vielmehr kann er unmittelbar Rückzahlung des Kaufpreises, Rücknahme der Kaufsache, Preisminderung usw. verlangen. Vgl. Entsch. Bd. 58 S. 424; Bd. 66 S. 75; Bd. 70 S. 198; Bd. 101 S. 71.

⁴⁾ Hauptmängel und Gewährfristen finden sich nicht im Gesetzbuch aufgezählt, sondern sind nach § 482 Abs. 2 dem Ordnungsweg vorbehalten. Vgl. Kaiserl. Verordnung vom 27. 3. 1899 (RGBl. 219).

zuungunsten des Käufers getroffene Parteivereinbarungen unwirksam, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt (§§ 476, 480). Die Modifikationen, die die Sachmängelhaftung durch die sogenannte Mängelrügepflicht des Käufers erfährt, gehören dem Handelsrecht an.

4. Kein Kauf ist der Tausch. Er ist nicht auf Umsatz von Ware gegen Geld, sondern von Ware gegen Ware gerichtet. Aber es finden auf ihn die Vorschriften vom Kaufe entsprechende Anwendung (§ 515). Ferner sollen zwar nicht alle kaufrechtlichen, aber doch die von der Sach- und Rechtsmängelhaftung des Verkäufers handelnden Normen auch für andere Verträge sinngemäß gelten, „die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind“ (§§ 445, 493). Man kann hier an Verträge denken, in denen Arbeitsleistungen gegen Warenlieferungen versprochen werden oder an einen Vergleich, in dem sich der eine Teil zum Verzicht auf eine Servitut, der andere Teil zur Hergabe eines Grundstücks verpflichtet. Komplizierter noch erscheinen die Geschäfte, in denen es jemand übernimmt, die Sache erst herzustellen, an der er Besitz und Eigentum übertragen soll. Hier liegt eine Verbindung von Werkvertrag und Kaufvertrag vor (Werklieferungsvertrag). Das Gesetz will auf dieses Gebilde die Vorschriften vom Kaufe angewendet wissen, freilich, wenn eine nicht vertretbare Sache Vertragsgegenstand ist, verdrängt durch zahlreiche und wichtige Vorschriften vom Werkvertrag (§ 651).

§ 42. Die Schenkung.

Literatur: FRANZ HAYMANN, Die Schenkung unter einer Auflage (Berlin 1905); MAX OPPENHEIM, Das Schenkungsversprechen des BGB. (Berlin 1906); LIEBISCH, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht (Leipzig 1927). Vgl. auch die oben in der Vorbemerkung zu § 40 zitierte Schrift von LAMMFROMM.

1. Nach der vom Gesetz selbst in § 516 Abs. 1 gegebenen Begriffsbestimmung gehört zur Schenkung „eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert“, und die Einigung beider Teile darüber, „daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt“. Ergänzt wird diese Legaldefinition in § 517 dahin, daß „eine Schenkung nicht vorliegt, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt“.

Aus diesen Sätzen läßt sich für die Rechtsnatur der Schenkung eine doppelte Erkenntnis gewinnen.

Sie lehren uns einmal, daß man dem Wesen der Schenkung nicht gerecht würde, wenn man in ihr lediglich das unentgeltliche Parallelinstitut zum Kaufvertrag erblickte. Der Kauf war ein auf Veräußerung eines Gegenstands gerichtetes Rechtsgeschäft. Die Schenkung aber braucht nicht notwendigerweise eine „Veräußerung“ an den Beschenkten, sondern kann jedwede Art von „Zuwendung“ an ihn zum Inhalt haben, so daß ihr Bereich alle dem letzteren Begriff unterstellbaren Rechtsgänge umfaßt: auch die Bezahlung fremder Schulden oder der Verzicht auf ein gegen den anderen Vertragsteil sich richtendes Recht kann eine „Schenkungs“ sein. Die Schenkung ist also nicht, wie der Kauf, ein einzelner Kontraktstypus, sondern ein Gebilde, das sehr verschiedenartige Geschäftsfiguren in sich begreift. Ihr Korrelat kann deshalb nie ein bestimmter entgeltlicher Vertrag, sondern nur der entgeltliche Vertrag schlechthin sein: dieser Vertragsgattung steht sie als die Gattung der unentgeltlichen Verträge gegenüber. Darum hat man auch in der Doktrin wiederholt und grundsätzlich mit Recht versucht, der Schenkung ihren systematischen Platz unter den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts zuzuweisen. Und nur die Tatsache, daß im täglichen Leben die meisten Schenkungen eine Rechtsübertragung an den Beschenkten bezwecken, bei denen dann naturgemäß analoge Fragen wie beim Kaufe auftauchen, kann die vom Gesetz und von uns hier befolgte Einreihung

der Schenkung unter die „einzelnen Schuldverhältnisse“ und ihre Placierung hinter den Kaufvertrag rechtfertigen.

Und zum anderen zeigt die obige Legaldefinition, daß jede einzelne Schenkung, auch wo sie sich dem laienhaften Auge als ein einheitlicher Vorgang darstellt, in zwei begrifflich getrennte Akte zerfällt: in die Zuwendung und in die Einigung über deren Unentgeltlichkeit. Die Zuwendung ist die unmittelbare Bewirkung der Vermögensverschiebung und sie kann sich je nach dem Inhalt der Schenkung entweder durch Rechtsgeschäft (Verfügungsgeschäft) oder durch rein faktisches Handeln, und ersternfalls durch (dinglichen) Vertrag oder durch einseitiges Rechtsgeschäft vollziehen; sie erzeugt als solche keine Schuldverpflichtung und gehört insofern nicht dem Obligationenrecht an. Die Einigung über die Unentgeltlichkeit hingegen ist stets Vertrag; sie gibt die causa für die Zuwendung ab (causa donandi), sichert so dem Beschenkten in Ansehung des Geschenkes das Behalten-Dürfen und ist dasjenige Element, dem die mit der Schenkung möglicherweise verbundenen Pflichten entstammen; sie ist also von spezifisch obligationsrechtlicher Bedeutung¹).

Die unentgeltliche Zuwendung, die das Wesen der Schenkung ausmacht, ist nicht identisch mit freiwilliger Zuwendung: der Prinzipal, der am Tage der Gehaltsfälligkeit aus freien Stücken dem Gehilfen ein erhöhtes Gehalt oder eine Gratifikation auszahlt, macht kein Geschenk, sondern leistet Entgelt. Hingegen stellt kein Entgelt die einer Schenkung beigefügte Auflage dar. Darunter versteht man die in den Schenkungsvertrag aufgenommene Klausel, daß der Beschenkte das Geschenk zu einem bestimmten Zwecke verwenden oder sonst eine bestimmte Handlung vornehmen soll: der Charakter der Vermögenszuwendung als einer unentgeltlichen wird, wie gesagt, dadurch nicht berührt²). Ebenso wenig tut es dem Begriff der Schenkung einen Abbruch, daß durch sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird. Wohl aber hat das Gesetz an verschiedenen Stellen für derartige Schenkungen eine unterschiedliche Behandlung vorgesehen gegenüber den aus anderen Motiven entspringenden Liberalitäten (§§ 534, 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2330).

Wennschon Zuwendung und Einigung über ihre Unentgeltlichkeit vorhanden sein müssen, wo eine Schenkung zustande kommen soll, so ist doch grundsätzlich die Reihenfolge gleichgültig, in der sich die genannten Akte abspielen. Sie können zeitlich zusammenfallen; dann liegt die sogenannte Barschenkung oder das Handgeschenk vor, die im Leben weitaus häufigste Schenkungsart. Es kann aber auch die Einigung der Zuwendung vorausgehen; dann begründet sie die Verpflichtung zur Bewirkung der letzteren und es entsteht die Rechtsfigur des Schenkungsversprechens. Während die Barschenkung in jeder Höhe formlos gültig ist (soweit nicht das Landesrecht nach EG. Art. 87 Schranken errichtet hat), beugt das Gesetz beim Schenkungsversprechen der übereilten Abgabe, die hier besonders leicht zu besorgen ist, dadurch vor, daß es in § 518 gerichtliche oder notarielle Beurkundung verlangt. Dabei wird aber wieder ein etwaiger Formmangel durch spätere Leistungsbewirkung geheilt, wohingegen das Formerfordernis nicht dadurch umgangen werden kann, daß das Schenkungsversprechen in das Gewand eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses gekleidet wird. Mit einem qualifizierten Falle von Barschenkung haben wir es schließlich bei der dritten denkbaren Kombination zu tun: daß nämlich die Einigung der Zuwendung nachfolgt (jemand bezahlt hinter dem Rücken eines anderen dessen Schulden). Dann kann die antizipierte Vermögensverschiebung die fertige Schenkung noch nicht darstellen, sondern diese findet ihren Abschluß erst, wenn der zu Beschenkende sich

¹) Siehe hierzu die instruktive Entscheidung des RG. Bd. 111 S. 151f.

²) Das Nähere über den Begriff der Auflage und seine Abgrenzung von der Bedingung gehört in den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechtes. Wegen der Grenzziehung von Aufлагeschenkung und entgeltlichem Geschäft vgl. Entsch. des RG. Bd. 60 S. 238ff.

mit ihr einverstanden erklärt. Verweigert er sein Einverständnis, so ermangelt die Zuwendung der *causa donandi* und kann darum vom Zuwendenden als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Aus dem Schwebезustand, in den der Schenker bis zur Stellungnahme des anderen Teiles versetzt ist, kann er sich auf die in § 516 Abs. 2 bezeichnete Weise befreien.

2. Was bei der Schenkung die einzelnen Pflichten der Parteien angeht, so kommt auf seiten des Schenkers eine Verpflichtung zur Bewirkung der Zuwendung nur im Falle des Schenkungsversprechens in Betracht. Auch kann hier allein von einer Schadenshaftung wegen Nichtbewirkung der Zuwendung die Rede sein. Dabei ist aber zu beachten, daß gegenüber dem Anspruch aus dem Schenkungsversprechen dem Schuldner die Einrede des Notbedarfs zusteht (*beneficium competentiae*), daß Verzugszinsen nicht zu entrichten sind, und daß der Schenker in allen Fällen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet (§§ 519, 521, 522). Eine Sach- und Rechtsmängelhaftung trifft den Schenker nur im Falle des arglistigen Verschweigens, und zwar hat er hier den mit der Verheimlichung des Mangels im Kausalzusammenhang stehenden Schaden zu ersetzen (negative Schadenshaftung); Ansprüche auf Ersatz des Erfüllungsinteresses oder auf Lieferung einer mangelfreien Sache können gegen ihn in engen Grenzen beim Versprechen eines von ihm erst zu erwerbenden Gegenstands geltend gemacht werden (§§ 523, 524).

Auf seiten des Beschenkten sind denkbare Pflichten die Vollziehung einer Auflage und die Rückgewähr des Geschenks. Die Auflage ist fällig immer erst nach Empfang des Geschenks und eventuellem Ausgleich der sich aus einem etwaigen Mangel des geschenkten Gegenstands ergebenden Wertdifferenz; ihre Erfüllung kann, soweit es sich um Leistungen an einen Dritten im Sinne von § 330 Satz 2 handelt, von dem Dritten, im übrigen nicht nur vom Schenker selbst, sondern nach dessen Tode bei obwaltendem öffentlichen Interesse auch von der zuständigen Behörde verlangt werden und ihre Nichterfüllung begründet für den Beschenkten niemals eine Schadensersatzpflicht, sondern bringt ihm nur unter Umständen den Nachteil ein, das Empfangene als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgeben zu müssen (§§ 525—527). Eine gleiche Herausgabepflicht entsteht für den Beschenkten, wenn der Schenker verarmt oder wenn er die Schenkung wegen groben Undanks widerruft (§§ 528—534).

3. Es gibt Fälle von unentgeltlichen Zuwendungen, auf welche die Schenkungssätze keine oder nur eine eingeschränkte Anwendung finden.

So kann einmal die Schenkung mit einem entgeltlichen Geschäft, insbesondere mit einem Kaufe kombiniert werden. Dann spricht man von einem *negotium mixtum cum donatione*. Aber nicht jeder Kaufvertrag, bei dem der Kaufpreis hinter dem Werte der Ware zurückbleibt, ist ein solches „gemischtes Geschäft“. Sondern ob ein Gegenstand als teils verkauft und teils verschenkt zu gelten hat, hängt ausschließlich von den zum Ausdruck gebrachten Parteiintentionen ab. Soweit es zutrifft, untersteht der Vertrag teils den Normen des Kaufes, teils denen der Schenkung¹⁾.

Ein anderer besonders gearteter Schenkungsfall ist die sogenannte Schenkung von Todeswegen. Darunter versteht man Verträge über unentgeltliche Zuwendungen, die unter der Bedingung abgeschlossen werden, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Auf einen solchen Vertrag sind die Rechtssätze von der Schenkung nur dann anwendbar, wenn der Schenker noch zu Lebzeiten die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht. Handelt es sich hingegen nur um ein Schenkungsversprechen, so untersteht es den Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen (§ 2301). Das Nähere über die Schenkung von Todeswegen gehört in das Erbrecht.

¹⁾ Hierzu oben S. 42 Anm. 1.

Und schließlich entfallen die von der Schenkung handelnden Paragraphen des Gesetzes, da, wo letzteres für die betreffende unentgeltliche Zuwendung einen besonderen Vertragstypus geschaffen hat. Dahin gehört einmal die später zu besprechende Leihe¹⁾. Es gehören dahin in der Regel aber auch die unentgeltlichen Dienstleistungen. Bei ihnen könnte ja von einer Zuwendung in der technischen Sprache des Schenkungsrechtes überhaupt nur dann die Rede sein, wenn jemand Dienste unentgeltlich leistete unter Aufopferung eines ihm dadurch entgehenden anderweiten Verdienstes. Denn sonst würde es an dem für den Begriff der Zuwendung erforderlichen Moment der Vermögensminderung auf seiten des Zuwendenden fehlen. Aber auch mit dieser Begrenzung kommen die unentgeltlichen Dienstleistungen für das Schenkungsrecht nicht in Betracht, weil sie, wenn auf Bitten des anderen Teiles erbracht, die Rechtsfigur des Auftrages, andernfalls die der Geschäftsführung ohne Auftrag ausmachen²⁾. Nur soweit letzteren Falles die Absicht fehlte, von dem Geschäftsherrn Aufwendungsersatz zu verlangen, läge nach § 685 ein schenkungsrechtliches Gebilde vor.

§ 43. Miete und Pacht.

Literatur: Die Miete ist, namentlich in der ersten Zeit des BGB., reich an populärer Literatur gewesen. Von juristischem und bleibenderem Werte sind BRÜCKNER, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem BGB. (Leipzig 1902); MITTELSTEIN, Die Miete nach dem Rechte des BGB. (3. Aufl.; Berlin 1913); TUMPOWSKI, Der Mängelanspruch des Mieters nach dem BGB. (Leipzig 1902); SIBER, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts (Jena 1900). Vgl. auch KRIEG, Artikel „Mietrecht“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 4, 1927) und DAHMANN, Artikel „Pacht“ und „Pachtgutinventar“ ebenda. Die Literatur zu dem gegenwärtig noch immer nicht völlig beseitigten Mietnotrecht erschöpfte sich in kürzeren Abhandlungen und in erläuternden Ausgaben der einschlägigen Gesetzestexte, bis es in RUTH, Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume (Mannheim 1926) eine systematische Darstellung von wissenschaftlichem Charakter gefunden hat.

1. Im Mietvertrag verspricht der eine Teil die Überlassung des Gebrauchs einer Sache, der andere Teil eine Gegenleistung, die nicht begriffsnotwendig, aber in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle in Geld besteht (Mietzins). Selten erschöpft sich die Miete in einem einmaligen Sachgebrauch, sondern für gewöhnlich erstreckt sie sich auf einen kürzeren oder längeren Zeitraum, weshalb sie zu den sogenannten Dauerschuldverhältnissen zählt und der Mietzins meistens in periodisch wiederkehrenden Raten entrichtet wird. Da der Mieter die Sache nur gebrauchen, aber nicht verbrauchen soll, ist Miete nur an res non consumptibiles denkbar; ihr Hauptanwendungsgebiet hat sie bei unbeweglichen Sachen, insbesondere bei Wohnungen; aber auch bei beweglichen Sachen, wie namentlich bei einzelnen Tiergattungen, bei Maschinen, bei Büchern spielt sie eine große Rolle und die wirtschaftlichen Funktionen, die sie hier zu versehen hat, sind um so größere, je unmöglicher bei der gegenwärtigen wirtschaftlichen Lage für den Durchschnitt der Bevölkerung der käufliche Erwerb vieler Gegenstände ist. Wo der Mieter, wie es regelmäßig der Fall ist, von der Sache den vertragsmäßigen Gebrauch nur machen kann, wenn er sie in seine tatsächliche Gewalt bekommt, wird er, zwar nicht schon mit Vertragsabschluß, wohl aber mit der Gebrauchsüberlassung Besitzer der Sache, ohne daß deswegen der Vermieter, zu dem ja die Sache später zurückkehren soll, aus jeder Besitzerstellung ausschiede: ihm verbleibt während der Mietzeit der mittelbare Besitz gegenüber dem unmittelbaren Besitz des Mieters (§ 868). Um dem Mieter den Gebrauch der Sache zu gewähren, braucht der Vermieter nicht Eigentümer zu sein; es genügt jede Herrschaft über die Sache, die ihn zur Gebrauchsüberlassung befähigt, also beispielsweise Nießbrauch oder wiederum Miete (Aftermiete). Darum bedeutet auch, anders als beim Kaufe, fehlende rechtliche Beziehung des Vermieters zur Sache mangelhafte Vertragserfüllung erst dann, wenn das Eingreifen des Dritt-

¹⁾ Unten § 44 unter 1 (S. 125f.).

²⁾ Unten § 47 unter 4 und 5 (S. 136f.).

berechtigten die Gebrauchsgewährung vereitelt. In den meisten Fällen ist natürlich der Vermieter der Sache zugleich ihr Eigentümer und gerade der Gegensatz der Interessen des um die Erhaltung der Substanz seiner Sache besorgten Eigentümers und des auf möglichst intensive Sachbenutzung bedachten Mieters führt zu den unerquicklichen Streitigkeiten, wie sie im Verlauf eines Mietverhältnisses so gern auftreten und denen keinesfalls das dem Gesetz gestattete Maß von Kasuistik, aber auch der minutiöseste Vertrag kaum vorzubeugen imstande ist.

Soweit der Vermieter Eigentümer ist, bleibt er trotz der eingegangenen Miete befähigt, die Mietsache an dritte Personen zu veräußern — bei beweglichen, dem Mieter bereits zum Gebrauch überlassenen Sachen freilich regelmäßig nur auf die in § 931 vorgesehene Weise. Da der Mieter kein dingliches Recht am Gegenstand der Miete erlangt, sondern sein Anspruch auf Gebrauchsgewährung rein obligationsrechtlicher Natur ist und darum nur gegenüber dem Vertragsgegner besteht, so würde der Dritterwerber an sich nicht gehindert sein, das auf ihn übergegangene Eigentum des Vermieters gegen den Mieter ohne Rücksicht auf dessen Vertragsrechte geltend zu machen. Das römische Recht hat diese aus der juristischen Situation sich ergebende Konsequenz auch in vollem Umfang gezogen. Das BGB. hingegen hat, entsprechend der veränderten wirtschaftlichen Bedeutung der Miete, den Grundsatz, daß Kauf Miete breche, für die praktisch wichtigsten Fälle außer Kraft gesetzt und dadurch dem Mieter, ohne ihm eine dingliche Rechtsstellung einzuräumen, doch eine die gewöhnliche Position eines Gläubigers überragende Rechtsmacht verliehen. So gewährt es einmal dem Mieter einer beweglichen Sache, die der Dritte vom Vermieter im Wege der Vindikationszession erworben hat, den zessionsrechtlichen Schutz des § 404 auch gegenüber der dinglichen Klage des neuen Eigentümers (§ 986 Abs. 2). Und weiter noch geht es bei der Miete von Grundstücken und Wohnungen. Hier tritt, wenn die Veräußerung nach der Überlassung der Sache an den Mieter erfolgt, der Dritterwerber geradezu in den Mietvertrag ein: er hat an Stelle des Vermieters (der aber noch eine Zeitlang wie ein selbstschuldnerischer Bürge haftet) dessen Pflichten zu erfüllen und ihm stehen die Rechte aus dem Mietvertrag zu, darunter sogar möglicherweise Mietzinsansprüche, die der Vermieter selbst nicht mehr besessen hat (§§ 571—576; 580 und Reichsgesetz vom 8. 6. 1915 betr. Einschränkung der Verfügungen über Pacht- und Mietzinsforderungen in Verbindung mit Teil 3, §§ 12, 24 der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 31). Wird eine Veräußerung des vermieteten Grundstücks vorgenommen, ehe noch die Überlassung an den Mieter stattgefunden hat, so löst sie den automatischen Übergang der Vermieterstellung auf den Dritterwerber nicht aus; immerhin sukzediert letzterer auch hier in die Vermieterrechte und -pflichten, wenn er „dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen hat“ (§ 578).

Der intensive Schutz, den hiernach der Grundstücks- und Wohnungsmieter genießt, hat nach dem Kriege an Bedeutung dadurch verloren, daß er von den noch weitergehenden Schutzbestimmungen der neueren mietrechtlichen Gesetzgebung überholt worden ist. Schon in Friedenszeiten barg das Wohnungswesen eine Fülle sozialer, von den berufenen Instanzen keineswegs restlos gelöster Probleme in sich. Der durch Krieg und Revolution entstandene Wohnungsmangel aber hat der Rechtsordnung gänzlich neue Aufgaben gestellt. In vierfacher Hinsicht wurde im besonderen ihr fürsorgendes Eingreifen notwendig: es mußte einmal durch Rationierung der vorhandenen Wohnungen dem wohnungslosen Teile der Bevölkerung Unterkunft verschafft werden, eine staatliche Obliegenheit, die sich angesichts der Unmöglichkeit, genügend Neubauten aufzuführen, nicht ohne zwangsweisen Eingriff in privates Eigentum erfüllen ließ; es mußte ferner der im Besitz einer Wohnung Befindliche vor deren Verlust, also vor Kündigung und Exmission bewahrt werden; es war drittens der Mietzins mit den veränderten Geldverhältnissen

dergestalt in Einklang zu bringen, daß sowohl der Mieter vor Ausbeutung seiner Notlage, wie der Vermieter vor ruinösen Opfern behütet blieb; und es waren viertens bei den mit Sammelheizung und Warmwassereinrichtung versehenen Wohnungen die sich aus der veränderten Wirtschaftslage ergebenden Interessenkollisionen zu schlichten. Seine Regelung hatte dieser Fragenkreis, nachdem sich zuvor die verschiedensten Reichs-, Landes- und Gemeindeverordnungen mit ihm beschäftigt, schließlich durch das Reichsgesetz über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel vom 11. 5. 1920, durch das Reichsmietengesetz vom 24. 3. 1922 und durch das Reichsgesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter vom 1. 6. 1923 nebst den dazu ergangenen landes- und gemeinderechtlichen Ausführungsbestimmungen erfahren. Von diesen Gesetzen ist keines mehr in seiner ursprünglichen Fassung in Geltung. An die Stelle des Gesetzes vom 11. 5. 1920 ist das sogenannte Wohnungsmangelgesetz vom 26. 7. 1923 (in der Fassung der Verordnung vom 24. 12. 23) getreten¹). Das Reichsmietengesetz ist durch Art. 8 des Reichsgesetzes vom 29. 6. 1926 und durch die Reichsgesetze vom 10. 7. 1926 und 14. 2. 1928 abgeändert und mit dem aus den Abänderungen sich ergebenden Wortlaut unter dem 20. 2. 1928 neu publiziert worden²). Und das Mieterschutzgesetz hat eine inhaltliche Umgestaltung durch die Reichsgesetze vom 29. 6. 1926, 17. 3. 1927 und 13. 2. 1928 und seine letzte zusammenfassende Redaktion durch die „Bekanntmachung des Gesetzes über Mieterschutz und Mieteinigungsämter“ vom 17. 2. 1928 erfahren³). Auf den Inhalt dieser Gesetzgebung kann hier um so weniger eingegangen werden, als sie im allmählichen Abbau begriffen ist. Schon die Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 1. 12. 1930 handelte in Kapitel IV des siebenten Teiles von „Abbau und Beendigung der Wohnungszwangswirtschaft“⁴). Und die gleiche Überschrift findet sich über Kapitel IV des zweiten Teiles der Vierten Notverordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 8. 12. 1931⁵), nachdem in dem vorausgehenden Kapitel II eine „Mietsenkung“ und im Kapitel III für den Mieter ein „außerordentliches“, spätestens am 5. 1. 1932 auszuübendes Kündigungsrecht zum 31. 3. 1932 vorgesehen ist⁶). Und für die Zukunft ist die gänzliche Beseitigung der Wohnungszwangswirtschaft dadurch in Aussicht genommen, daß es in Kapitel IV Art. VIII Ziffer 1 heißt: „Das Wohnungsmangelgesetz tritt am 1. 4. 1933 außer Kraft“ und in Ziffer 2 unter b) bestimmt ist: „Das Reichsmietengesetz und das Gesetz über Mieterschutz und Mieteinigungsämter treten am 1. 4. 1933 außer Kraft, falls bis zu diesem Zeitpunkt ein Gesetz in Kraft tritt, wodurch die Vorschriften des BGB. über die Miete unter sozialen Gesichtspunkten ausgestaltet werden.“ — Die obligationsrechtliche Bedeutung der Mietnotgesetzgebung hat einmal in den weitreichenden Kompetenzen gelegen, die den Mieteinigungsämtern auf dem

¹) Die zahlreichen dazu ergangenen Preußischen Ausführungsverordnungen sind zusammengestellt bei SCHLEGELBERGER-HOCHE, Das Recht der Neuzeit (7. Aufl., Berlin 1932) S. 158.

²) Vgl. dazu auch das Reichsgesetz über den Geldentwertungsausgleich bei bebauten Grundstücken in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. 6. 1926 (RGBl. I, 251) nebst Verordnung vom 11. 3. 1927 (RGBl. I, 72); später abgeändert durch Gesetz vom 22. 3. 1930 (RGBl. I, 91) und durch die Notverordnungen des Reichspräsidenten vom 1. 12. 1930 (7. Teil, Kap. 3, § 27; RGBl. I, 517), vom 5. 6. 1931 (6. Teil, Kap. 2, RGBl. I, 279) und vom 6. 10. 1931 (4. Teil, Kap. 1, RGBl. I, 551); neuerdings ergänzt und in seiner Geltungsdauer bis zum Ablauf des Rechnungsjahres 1939 begrenzt durch die Vierte Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 1931 (2. Teil, Kap. 1; RGBl. I, 706f.).

³) Dazu die Verordnung vom 3. 3. 1928 (RGBl. I, 54) und das Gesetz zur Verlängerung der Geltungsdauer des Mieterschutzgesetzes vom 8. 3. 1930 (RGBl. I, 31). — Die ebenfalls dem Mieterschutz dienende Verordnung „gegen den Wucher bei Vermittlung von Mieträumen“ vom 31. 7. 1919 ist mit dem 31. 12. 1925 außer Kraft getreten.

⁴) RGBl. I, 598f.

⁵) RGBl. I, 708f.

⁶) Die Veränderungen, die durch die Notverordnungen mit dem Mieterschutzgesetz seit seiner letzten Bekanntmachung vor sich gegangen sind, haben neuerdings (während der Drucklegung dieses Buches) eine Zusammenstellung erfahren durch die im RGBl. I, 167ff. erfolgte Bekanntmachung über Mieterschutz vom 27. 3. 1932.

Gebiet des Abschlusses und der Änderung der Mietverträge verliehen worden sind; ferner in der gesetzlichen Fixierung der Höhe des Mietzinses, auf die selbst bei abweichender Parteivereinbarung zurückgegriffen werden konnte, und vor allem in der Beschränkung der Aufhebung von Mietverhältnissen, indem an die Stelle des im BGB. dem Vermieter zugestandenen freien Kündigungsrechtes teils ein an gesetzliche Schranken gebundenes Kündigungsrecht teils die Aufhebung durch richterliches Urteil getreten ist, das der Vermieter vor dem durch Laienbeisitzer verstärkten Amtsgericht im Wege der Klage erstreiten mußte und nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen erstreiten konnte. Aber gerade durch diese öffentlichrechtlichen Momente hat die Wohnungsmiete, die vordem ein rein privatrechtliches Gebilde war, den hybriden Charakter einer halb verwaltungsrechtlichen Institution angenommen. Und wenn wir jetzt die wichtigsten mietrechtlichen Bestimmungen des BGB. kurz zusammenstellen, so geschieht es für die Grundstücksmitte mit dem Vorbehalt, daß sich aus jener Sondergesetzgebung nichts Abweichendes ergibt.

2. An und für sich unterstehen die Mietkontrakte nach BGB. keinerlei Formzwang. Nur für die auf länger als ein Jahr eingegangene Grundstücks- und Wohnungsmiete ist schriftlicher Vertragsschluß vorgesehen (§§ 566, 580). Diese sich an das Preussische Landrecht anlehrende Vorschrift hat nicht sowohl die Belange der den Mietvertrag abschließenden Parteien, wie das Interesse des nach § 571 in das Mietverhältnis eintretenden Dritterwerbers im Auge, der nicht unbeschränkt an mündliche Mietabreden gebunden sein soll.

Die Dauer des Mietverhältnisses bestimmt sich nach der getroffenen Vereinbarung; ist nichts vereinbart worden, so endet es durch Kündigung. Die Länge der Kündigungsfrist bemißt sich wiederum in erster Linie nach den Abmachungen der Parteien; wo solche fehlen, sorgt § 565 für die entsprechende dispositive Regelung (vgl. dazu die §§ 567, 569, 570). Jedes durch Eintritt des Endtermins oder durch Kündigung erloschene Mietverhältnis kann möglicherweise eine Fortsetzung im Wege der tacita relocatio nach Maßgabe des § 568 finden.

Eine große Zahl von Sonderrechtssätzen betrifft den Pflichtenkreis der Parteien. In der Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung liegt eingeschlossen, daß er die Mietsache nicht nur in gebrauchsfähigem Zustand zu übergeben, sondern auch während der ganzen Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten hat; und daraus wiederum folgt die Reparaturpflicht des Vermieters, seine Lastentragungspflicht und seine vom Gesetz des näheren begrenzte Verpflichtung, etwaige Verwendungen des Mieters auf die Sache zu ersetzen (§§ 536, 538 Abs. 2, 546, 547, 558 Abs. 1). Tauglichkeits- oder sonst vertragswidrige Mängel der Sache führen, auch wenn sie schon bei Vertragsschluß vorhanden und nicht behebbare sind, trotz § 306 nicht zur Nichtigkeit des Mietvertrags; aber sie lösen, ebenso wie Gebrauchsstörungen, die von einem beim Vermieter vorhandenen Rechtsmangel herrühren, für die Dauer ihres Vorliegens Minderung oder gar Aufhebung der Mietzinszahlungspflicht, eventuell sogar Schadensersatzansprüche des Mieters aus (§§ 537, 538 Abs. 1, 541). Und während nach den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts der Gläubiger von einem gegenseitigen Vertrag nur bei schuldhafter Nichterfüllung des Schuldners zurücktreten kann, ist dem Mieter ohne weiteres das Recht zu fristloser Kündigung eingeräumt, wenn ihm „der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teile nicht rechtzeitig gewährt oder wieder entzogen wird“ und er an einer Abhilfe durch den Vermieter entweder kein Interesse hat oder solche trotz Aufforderung nicht beschafft wird (§ 542). Arglistiges Verschweigen nimmt, wie dem Verkäufer, so auch dem Vermieter das Recht, sich auf abweichende, ihm günstige Parteiabreden zu berufen, und wie der Käufer, so verliert auch der Mieter seine Mängelansprüche durch wesentliches, eventuell schon durch grobfahrlässiges Mieten bzw. Entgegennehmen der fehlerhaften Sache (§§ 539, 540, 543 Abs. 1). Nur das fristlose Kündigungsrecht wegen gesundheitsgefährlicher

Wohnungsmängel bleibt von Mängelkenntnis des Mieters, ja sogar von Kündigungsverzicht unberührt (§ 544).

Den Mieter trifft außer der Zinszahlungspflicht die Verpflichtung zur sorgfältigen Behandlung der Sache während der Mietzeit, zu ihrer Rückgabe an den Vermieter nach Ablauf der Mietzeit und zu seiner rechtzeitigen Benachrichtigung von ihrer Reparatur- und Schutzbedürftigkeit (§§ 545 Abs. 1; 556 Abs. 1). Der Mietzins ist postnumerando an den in § 551 fixierten Fälligkeitsterminen zu entrichten. Daß durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführte Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache vom Mieter nicht zu vertreten sind (§ 548), versteht sich nach der Zweckbestimmung der Miete von selbst. Verletzt der Mieter die ihm vom Gesetz auferlegten Pflichten, so sind dem Vermieter, neben den allgemeinen dem Gläubiger aus der schuldnerischen Nichterfüllung erwachsenden Befugnissen noch einige besondere Rechtsbehelfe verliehen: er kann gegenüber fortgesetztem vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache auf Unterlassung klagen bzw. zur fristlosen Kündigung schreiten; und ebenso kann er fristlos kündigen, „wenn der Mieter für zwei aufeinanderfolgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teiles des Mietzinses im Verzug ist“ (§§ 550, 553, 554). Und bei der Grundstücks- und Wohnungsmiete ist der Vermieter für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis durch ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters gesichert (§§ 559—563). Dem Verkehrsbedürfnis entspricht die kurze Verjährungsfrist, die § 558 für die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterung der Mietsache vorsieht. Die Regelung der Aftermiete in § 549 ist für Grundstücke und Wohnungen gegenwärtig durch die Sondergesetzgebung stellenweise überholt; für Mobilien aber bewendet es auch heute noch bei dem Rechtssatz, daß „der Mieter ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt ist, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen“, bei grundlos verweigerter Erlaubnis aber unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen darf. Mag der Dritte den Gebrauch der Sache vom Mieter befugter- oder unbefugterweise überlassen bekommen haben, stets hat trotz fehlender Vertragsbeziehungen der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit einen Herausgabeanspruch gegen ihn, so daß der Vermieter unmittelbar gegen den Dritten selbst dann vorgehen kann, wenn ihm eine dingliche Klage nicht zur Seite steht (§ 556 Abs. 3).

3. Soweit das BGB. nichts Abweichendes bestimmt, sollen seine von der Miete handelnden Rechtssätze auch auf die Pacht angewendet werden (§ 581 Abs. 2). Letztere unterscheidet sich von der Miete einmal durch den umfassenderen Kreis der für sie in Betracht kommenden Gegenstände: sie ist nicht nur an Sachen, sondern auch an Rechten möglich. Und sie unterscheidet sich von ihr sodann und vor allem in inhaltlicher Hinsicht: der Pächter darf den Pachtgegenstand nicht nur gebrauchen, sondern er darf auch dessen Früchte ziehen, „soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind“ (§ 581 Abs. 1). Durch dieses Fruchtziehungsrecht setzt die Pacht den Gebrauchsberechtigten in eine viel intensivere Beziehung zum Vertragsobjekt, als die Miete und stellt sich selbst in den Dienst ganz anderer wirtschaftlichen Funktionen. Der Verpächter, der zur eigenen Fruchtziehung entweder nicht gewillt oder nicht befähigt ist, sichert sich, unter Beschränkung seines Risikos auf die Fortexistenz des gebrauchsfähigen Objekts, einen festen Zins aus einem bestimmten Vermögensstück; der Pächter übernimmt zwar das Risiko der tatsächlichen Fruchtgewinnung, verschafft sich aber dafür die Möglichkeit, durch Anspannung seiner Kräfte den Ertrag des Pachtgegenstands so weit zu steigern, daß er auch nach Abzug des zu zahlenden Entgelts einen namhaften Verdienst abwirft¹⁾. Während Mietverhältnisse auch für Stunden, Tage und

¹⁾ Eine Beteiligung des Verpächters am Pächterisiko stellt die Teilpacht (*colonia partiararia*) dar, bei der der Pachtzins in einer, sei es in natura, sei es in Geldwert zu entrichtenden Quote der gewonnenen Früchte besteht.

Wochen und sogar für noch kürzere Zeiträume vorkommen, liegt es in dem hier skizzierten Wesen der Pacht, daß sie regelmäßig nur auf längere Sicht eingegangen wird. Dem entspricht auch die andersartige Normierung der Kündigungsfrist in § 595 und der Ausschluß einzelner dem Mietverhältnis innewohnenden außerordentlichen Kündigungsbefugnisse in § 596¹⁾.

Ihrer Natur nach spielt die Pacht bei Mobilien nur eine geringe Rolle. Häufig ist die Rechtspacht (Jagdpacht, Fischereipacht). Sein Hauptanwendungsgebiet aber hat der Pachtvertrag bei Grundstücken, insbesondere bei ländlichen Grundstücken. Die jetzt zu erwähnenden pachtrechtlichen Sonderrechtssätze des BGB. handeln ausschließlich von der *Immobiliarpacht*. Hier hat einmal die Verpachtung des Grundstücks samt Inventar eine nähere Regelung erfahren, wobei das Gesetz die Mitverpachtung des Inventars *sine* und *cum taxatione* unterscheidet. In beiden Fällen bleibt der Verpächter Eigentümer des (mit einem gesetzlichen Pfandrecht des Pächters belasteten) Inventars. Dort aber liegt dem Pächter lediglich die Erhaltung der einzelnen Inventarstücke ob, während der Verpächter verpflichtet ist, die durch Zufall in Abgang gekommenen Sachen, mit Ausnahme der durch das Jungvieh zu ersetzenden Tiere, zu ergänzen. Ist hingegen das Inventar zum Schätzwert übernommen und abredgemäß bei Pachtbeendigung zum Schätzwert zurückzugeben, so kann der Pächter innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft über die einzelnen Stücke verfügen, hat andererseits die Gefahr ihres zufälligen Untergangs und ihrer zufälligen Verschlechterung zu tragen, bleibt demgemäß hinsichtlich ihrer ergänzungspflichtig und seine Neuanschaffungen werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters und fallen nur dann später in das Eigentum des Pächters, wenn bei Pachtende der Verpächter die Anschaffung als wirtschaftswidrig ablehnt²⁾. Der in Zeiten starker Preisschwankungen heikelste und umstrittenste Punkt von der Inventarpacht *cum taxatione* ist die Bestimmung, daß wenn bei Ablauf des Pachtverhältnisses der Gesamtschätzwert der vom Pächter übernommenen Inventarstücke höher oder niedriger als der Gesamtschätzwert der zurückzugewährenden Stücke ist, die Differenz je nachdem vom Pächter oder Verpächter in Geld auszugleichen ist (§§ 586—590)³⁾. Gelten diese Sätze für die *Immobiliarpacht* schlechthin, so betreffen andere nur die Pacht von landwirtschaftlichen Grundstücken: sie handeln von der Sorgfaltspflicht des Pächters; von seiner Reparaturpflicht in Ansehung des Grundstücks und der Grundstücksbestandteile; von den Grenzen der dem Pächter an sich zustehenden Befugnis, Änderungen am Grundstück vorzunehmen; von der Fälligkeit des Pachtzinses; vom Umfang des Verpächterpfandrechts und von der Verteilung der Fruchtgewinnungskosten bei der Beendigung der Pacht inmitten des Pachtjahres (§§ 582—586, 591, 592). Endlich finden sich im BGB. noch Spezialbestimmungen für die Pacht eines ganzen Landgutes (§§ 593, 594).

Wie die Wohnungsmiete, so hat auch die Grundstückspacht infolge der durch Krieg und Revolution veränderten Wirtschaftslage für die Rechtsordnung neue, wenn auch andere und die Interessen der Volksgesamtheit nicht in gleicher Tiefe bewegende Probleme entstehen lassen. Entsprechend den Mieteinigungsämtern

¹⁾ Eine Beschränkung des Kündigungsrechts des Verpächters ist für den Bereich der „Osthilfe“ vorgesehen durch § 18 der Durchführungsverordnung vom 5. 12. 1931 zur Verordnung des Reichspräsidenten vom 17. 11. 1931 (RGBl. I, 693).

²⁾ Natürlich kann der Pächter auch Inventarstücke anschaffen, die von vornherein ihm gehören sollen. An solchen Gegenständen ist er sogar in der Lage, dritten Personen (bestimmten Kreditinstituten) ein Pfandrecht ohne Besitz (sogen. *Mobiliarhypothek*) zu bestellen. Vgl. das zur Hebung des landwirtschaftlichen Kredits ergangene Reichsgesetz vom 9. 7. 1926 (RGBl. I, 399).

³⁾ Während der Inflationszeit konnte man hier geradezu von einer Verpächternot reden, die sich natürlich in zahllosen Prozessen auswirkte. Vgl. dazu das salomonische Urteil des Reichsgerichtes in Bd. 104, S. 394ff. der Entscheidungen.

sind hier Pachteinigungsämter ins Leben gerufen worden mit weitreichenden Kompetenzen zu Eingriffen in schwebende Pachtverträge. Die Einzelheiten können hier nicht verfolgt werden. Die reichsrechtliche Quelle dieses Sonderrechts ist gegenwärtig die „Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung“ vom 31. 7. 1919 und die für landwirtschaftliche Grundstücke maßgebende „Pachtschutzordnung“ vom 23. 7. 1925, welches letztere Gesetz an die Stelle der Pachtschutzordnung vom 9. 6. 1920 getreten ist und Geltung vorläufig bis zum 30. 9. 1932 haben soll (Novelle vom 8. 4. 1931). Der Schwerpunkt der Regelung liegt auch hier in den landesrechtlichen Ausführungsbestimmungen¹⁾.

§ 44. Sonstige Verträge auf Gebrauchsüberlassung.

Literatur: PIETZCKER, Artikel „Depot- und Depositengeschäfte (Bankverwahrungsgeschäfte)“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 2, 1927); LITTMANN, Das Bankguthaben (Heft 7 der von NUSSBAUM herausgegebenen Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens; Tübingen 1931); LANGEN, Die privatrechtliche Stellung der Wirte und der Gastaufnahmevertrag (Marburg 1902); POLENSKE, Gastchaftsverträge (Greifswald 1915); JACOBI, Die Gastaufnahme und die Haftpflicht des Gastwirts in rechtsvergleichender Darstellung (Bonn 1928); WEIGERT, Artikel „Haftung der Gastwirte“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 4, Lieferung 1, 1932).

1. Die Leihe. Sie ist unentgeltliche Gebrauchsüberlassung einer Sache, sei es einer beweglichen, sei es einer unbeweglichen (§ 598). Die dem Entleiher zustehenden Gebrauchsrechte ähneln denjenigen des Mieters; andererseits erfüllt die Leihe zufolge ihrer Unentgeltlichkeit die Begriffsmerkmale der Schenkung. Indem aber die in bloßer Gebrauchsüberlassung bestehende unentgeltliche Zuwendung entsprechend der bisherigen Entwicklung vom Gesetz als selbständiges Rechtsinstitut behandelt und mit den ihre Eigenart erschöpfenden Rechtssätzen ausgestattet worden ist, ist die Leihe dem Normenkomplex der Schenkung entrückt²⁾. Insbesondere gelten für das Versprechen künftiger Leihe (pactum de commodando) nicht die für das Schenkungsversprechen erlassenen Formvorschriften. Es liegt in der Natur der Dinge, daß man nur selten seine Sachen einem unbekanntem Publikum zum unentgeltlichen Gebrauch hingibt: die Leihe trägt einen familiären Charakter; sie spielt im großen Rechtsverkehr keine erhebliche Rolle, sondern zählt zu den „Nichtverkehrsgeschäften“.

Mit dem schenkungsrechtlichen Gehalt der Leihe hängt es zusammen, daß der Verleiher nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten und bei Sach- und Rechtsmängeln nur den aus ihrem arglistigen Verschweigen entstandenen Schaden zu ersetzen hat (§§ 599, 600). Auch die von der Miete abweichende Regelung, die § 601 hinsichtlich der Erhaltungskosten und des Impensenersatzes trifft, gehört hierher. Hingegen entspricht es der Ähnlichkeit der Leihe mit der Miete, daß der Entleiher regelmäßig unmittelbarer Besitzer der geliehenen Sache wird, während der Verleiher den mittelbaren Besitz behält; daß jener nur zum vertragsmäßigen Gebrauch der Sache befugt ist, aber für die durch ihn herbeigeführten Veränderungen auch keine Verantwortung trägt; daß er zur Gebrauchsüberlassung an Dritte nicht berechtigt ist; daß er die Sache bei Beendigung der Leihe dem Verleiher zurückzugeben hat und daß letzterer diesen Restitutionsanspruch aus dem Leihvertrag auch gegen dritte Personen geltend machen kann, an die der Entleiher, sei es mit, sei es ohne Erlaubnis des Verleihers, die Sache weiter verliehen oder vermietet hat (§§ 602, 603, 604 Abs. 1 und 4, 868). Mit dem Mietrecht stimmen ferner die kurzen Verjährungsfristen des § 606 überein.

¹⁾ Für Preußen Pachtschutzordnung vom 19. 9. 1927 nebst der Verordnung zur Ausdehnung der Pachtschutzordnung auf Jagdpachtverträge vom gleichen Datum (Gesetzsammlung S. 177 f.). Auch hier reicht die Geltungsdauer vorläufig bis zum 30. 9. 1932: Verordnung vom 8. 6. 1931 (Gesetzsammlung S. 106).

²⁾ Oben § 42 unter 3 (S. 119).

Die Dauer der Leihe bemißt sich nach der vereinbarten Zeit bzw. nach dem vereinbarten Gebrauchszweck. Wenn der Vertragsinhalt nichts Gegenteiliges erkennen läßt, kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern. Und auch da, wo eine längere Dauer der Leihe verabredet ist, ist der Verleiher bei unvorhergesehenem eigenen Bedarf, bei vertragswidrigem Gebrauch seitens des Entleihers und bei dessen Tode zur „Kündigung“ des Verhältnisses, d. h. wieder zum Verlangen sofortiger Rückgabe berechtigt (§§ 604 Abs. 2 und 3, 605).

2. Der Verwahrungsvertrag. Sein spezifischer Inhalt besteht in der Verpflichtung des Verwahrers, eine ihm vom Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren (§ 688). Eine Gebrauchsüberlassung liegt darin insofern, als der Verwahrer den für die Aufbewahrung nötigen Raum den Interessen des Hinterlegers dienstbar macht. Von den sonstigen Fällen der Gebrauchsüberlassung unterscheidet sich dieser aber dadurch, daß die überlassene Sache, nämlich der Raum, im Herrschaftsbereich des Überlassenden bleibt, wohingegen die Sache, die den Herrschaftsbereich wechselt, also das aufzubewahrende Objekt, vom Verwahrer trotz des unmittelbaren Besitzes, den er an ihr erlangt, nicht zu eigenem Vorteil gebraucht werden soll. Und eine weitere Besonderheit des Verwahrungsvertrages ist es, daß sich mit der Raumüberlassung eine gewisse, wenn auch noch so bescheidene Tätigkeitspflicht verbindet, der vielleicht schon mit der sorgfältigen Überwachung der hinterlegten Sache genügt wird, die sich aber bei Wertpapieren beispielsweise auch auf die Abtrennung der Zins- oder Gewinnanteilscheine, auf die Kontrolle der Auslösung und die Ausübung von Bezugsrechten erstrecken kann. Es steht also der Verwahrungsvertrag etwa in der Mitte zwischen den auf Gebrauchsüberlassung und den auf Arbeitsleistung gerichteten Verträgen. Er kann entgeltlich und unentgeltlich eingegangen werden. Im ersteren Falle hat der Verwahrer für *omnis diligentia*, im letzteren Falle nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§§ 689, 690).

Eine detaillierte Regelung hat der Verwahrungsvertrag in verkehrswichtigen Spezialfällen durch Sonderrecht erfahren (Lagergeschäft in HGB. §§ 416ff.; Reichsgesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. 7. 1896). Die allgemeine Normierung des BGB. beschränkt sich auf wenige Rechtssätze. Sie betreffen vor allem die Frage nach der Fälligkeit der Vergütung, nach der Zulässigkeit der Unterverwahrung und der Abweichung von vereinbarten Verwahrungsmodalitäten; nach dem Anspruch des Verwahrers auf Ersatz von Schäden und Aufwendungen und nach der Dauer des Vertragsverhältnisses. Was den letzteren Punkt angeht, so entspricht es der Interessenlage, daß der Hinterleger, auch bei vereinbarter längerer Vertragsdauer, die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern darf, während der Verwahrer die jederzeitige Rücknahme nur mangels vereinbarter Vertragsdauer verlangen kann, er müßte denn einen wichtigen Grund für die Nichtaushaltung des Vertrags haben (§§ 691—699).

Wenn vertretbare Sachen, insbesondere also Gelder, hinterlegt werden, so können die Parteien sie, statt sie während der Dauer der Aufbewahrung brachliegen zu lassen, dadurch in den Dienst der Volkswirtschaft stellen, daß sie auf den Verwahrer das Eigentum und damit das Verfügungsrecht übergehen lassen und dieser verpflichtet wird, später „Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren“. Man spricht dann von einem *depositum irregulare*. Solcher unregelmäßige Verwahrungsvertrag, bei dem der Hinterleger die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache mit der der Insolvenz des Verwahrers vertauscht, kommt dem Darlehn nahe, von dem es sich wirtschaftlich dadurch unterscheidet, daß dort der Empfänger der Valuta, hier hingegen der Hinterlegende der in erster Linie am Geschäft interessierte Teil ist. Gemäß der Mischnatur des irregulären *depositum* greifen nach § 700 Abs. 1 die Rechtssätze vom Darlehn ein, korrigiert durch wichtige Vorschriften vom Verwahrungsvertrag. Der Hauptanwendungsfall des Hinter-

legungsdarlehns ist das dem Handelsrecht angehörige Bankdepositengeschäft. Ob ein über Fungibilien abgegeschlossener Verwahrungsvertrag regulären oder irregulären Charakter hat, ist Auslegungsfrage; nur bei Wertpapieren bestimmt § 700 Abs. 2 zur Verhütung von Mißbräuchen, daß das depositum irregulare „ausdrücklich“, d. h. zweifelsfrei vereinbart sein muß.

3. Die Einbringung bei Gastwirten. Die Sachen, die der Fremde in den ihn beherbergenden Gasthof mitbringt, bleiben, sofern sie nicht besonders zur Aufbewahrung übergeben werden, im eigenen unmittelbaren Besitz des Reisenden. Immerhin erwächst dem Gastwirt aus der besonderen Art des Mietvertrags, den er mit dem Gaste abschließt, hinsichtlich dieser eingebrachten Sachen ein gewisses Maß von Bewachungspflicht, deren schuldhaftige Verletzung den Reisenden zu Schadensersatzforderungen berechtigen würde. Wie schon das römische Recht, geht aber das Gesetz über diese Konsequenz weit hinaus. Von der Erwägung geleitet, daß das auf engen Raum sich konzentrierende und doch nur schwer übersehbare Zusammenleben einander unbekannter Personen besondere Betriebsgefahren mit sich bringe, die billigerweise demjenigen aufzuerlegen seien, der den Gewinn aus dem Betrieb ziehe, bestimmt es in § 701 Abs. 1 Satz 1 schlechthin, daß „ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, einem im Betrieb dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste den Schaden zu ersetzen hat, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleidet“. Es haftet also der Gastwirt auch ohne sein oder seiner Leute Verschulden. Nur dann ist er von der Haftung frei, wenn der Gast es unterlassen hat, unverzüglich nach erlangter Kenntnis vom Schadensfall dem Wirte Anzeige zu erstatten oder wenn der Schaden vom Gaste selbst oder einem seiner Leute oder durch die Beschaffenheit der Sache oder durch höhere Gewalt¹⁾ verursacht worden ist (§§ 701 Abs. 1 Satz 2; 703). Außerdem ist für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten eine ziffernmäßige Begrenzung der Haftung vorgesehen (§ 702). Und selbstverständlich kann durch Parteivereinbarung die Zufallshaftung des Gastwirts in noch stärkerem Umfang ausgeschlossen oder eingeschränkt werden — nur genügt dazu der ehemals beliebte „Zimmeranschlag“ nicht (§ 701 Abs. 3)²⁾. Als wertvolles Äquivalent für seine strenge Haftung steht dem Gastwirt das gesetzliche Vermieterpfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes zu zwecks Sicherung aller Forderungen „für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluß der Auslagen“ (§ 704).

4. Möglich ist, daß sich jemand einem anderen gegenüber zur Gebrauchsüberlassung nur in ihrem denkbar schwächsten Grade, nämlich lediglich zum Zwecke der Besichtigung einer Sache verpflichtet. Man könnte dann von einem Vorlegungs- oder Besichtigungsvertrag reden³⁾. Das Gesetz hat dieses Schuldverhältnis als kontraktliches nicht besonders geregelt. Wohl aber hat es die Voraussetzungen normiert, unter denen jemand ohne entsprechende Vereinbarung, also unmittelbar kraft Gesetzes die Vorlegung und Besichtigung einer Sache, insbesondere auch einer Urkunde verlangen kann⁴⁾.

5. Einen auf Gebrauchsüberlassung eigener Art gerichteten Vertrag stellt auch der Verpfändungsvertrag dar. Die Römer haben die obligationsrechtlichen Beziehungen, die sich aus dem Verpfändungsakt zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder mit Bezug auf den Pfandgegenstand einstellen (man denke an die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers, an seinen Impensenanspruch), zu einem besonderen Kontraktstypus ausgebildet und sie unter dem Namen des contractus

¹⁾ Über diesen Begriff oben S. 74.

²⁾ An seine Stelle ist jetzt der Revers getreten, der den Reisenden bei Aufnahme in den Gasthof in Verbindung mit dem polizeilichen Meldeformular vorgelegt wird und den sie regelmäßig in Unkenntnis des Inhalts unterschreiben.

³⁾ Dazu oben § 41 Anm. 1, S. 111.

⁴⁾ Darüber unten § 50.

pigneraticius in Gegensatz gestellt zu dem von den Parteien geschaffenen dinglichen Pfandrecht. Das BGB. kennt diese begriffliche Unterscheidung natürlich auch, hat aber nicht um ihretwillen die schuldrechtlichen Erscheinungen des Verpfändungsgeschäftes dem von den „Einzelnen Schuldverhältnissen“ handelnden Titel eingliedert, sondern hat sie richtigerweise im Zusammenhang mit dem dinglichen Recht, in dessen Dienste sie stehen, geregelt (§§ 1214 ff.). Sie sind darum im Rahmen des Sachenrechtes darzustellen¹⁾.

§ 45. Der Werkvertrag.

Literatur: RIEZLER, Der Werkvertrag nach dem BGB. (Jena 1900); HACHENBURG, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. (Mannheim 1898); G. RÜMELIN, Dienstvertrag und Werkvertrag (Tübingen 1905); OEGG, Artikel „Werkvertrag“ und „Werklieferungsvertrag“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929).

1. Im Werkvertrag, der römischen locatio-conductio operis, verspricht der eine Teil, der Unternehmer, die Erzielung eines Arbeitsergebnisses, der andere Teil, der Besteller, die Entrichtung einer nicht begriffsnotwendig, aber regelmäßig in Geld bestehenden Vergütung. Der vom Unternehmer herbeizuführende, vom Gesetzbuch als „Werk“ bezeichnete Arbeitserfolg kann in technischer oder künstlerischer Umbildung von Material, also in der Schaffung einer nova res (Hausbau, Maschinenbau, Anfertigung von Kleidungsstücken, Herstellung eines Gemäldes), in der Reparatur von Sachen, im Transport von Personen oder Gütern, kurz in jedem denkbaren Arbeitseffekt bestehen (§ 631). Immer aber muß es sich um ein Arbeitsergebnis und darf es sich nicht um das Arbeiten als solches handeln, im Gegensatz zum Dienstvertrag, von dem wir sehen werden, daß bei ihm gerade die Tätigkeit als solche, also statt eines „Werkes“ ein „Wirken“ Obligationsinhalt ist. Der Versuch des Gesetzes, in § 675 zwischen Werkverträgen, die auf eine Geschäftsbesorgung, und solchen, die auf ein anderes Arbeitsprodukt gerichtet sind, zu unterscheiden und nur auf erstere eine gewisse Gruppe von Rechtssätzen für anwendbar zu erklären, muß als unglücklich bezeichnet werden, weil Werkverträge, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hätten, nicht vorkommen dürften. Dadurch, daß der Werkvertrag den Unternehmer zu einer „Herstellung“ und nicht zu einer „Rechtsverschaffung“ verpflichtet, unterscheidet er sich auch in den Fällen vom Kaufvertrag, wo seine Abwicklung eine „Übergabe“ des Werkes an den Besteller verlangt. Nur da, wo der Unternehmer aus eigenem Stoffe zu produzieren hat und infolgedessen der Herstellung eine Eigentumsübertragung folgen muß, liegt das kauf- und werkrechtliche Mischgebilde des sogenannten Werklieferungsvertrages vor, über dessen rechtliche Behandlung schon früher gesprochen worden ist²⁾. Überall, wo die Natur des hergestellten Werkes seine „Übergabe“ an den Besteller fordert, trifft letzteren nach § 640 Abs. 1 eine „Abnahmepflicht“, die den gleichen Grundsätzen untersteht, die wir bei der Abnahmepflicht des Käufers kennengelernt haben³⁾.

2. Für die Nichterfüllung der dem Unternehmer obliegenden Pflichten gelten die allgemeinen Normen des Obligationenrechts. Sonderregeln aber bestehen

a) einmal da, wo sich die Herstellung des Werkes als mangelhaft erweist in dem Sinne, indem in der Lehre vom Kaufvertrag von einer mangelhaften Sache die Rede war. Der Verschiedenheit von Werkvertrag und Kaufvertrag, derzufolge der Verkäufer in der Regel Zwischenhändler für fremde Produkte ist, während beim Werkvertrag vom Produzenten selbst geliefert wird, entspricht es, daß die werkrechtliche Mängelhaftung mit der kaufrechtlichen nicht identisch ist. Zwar hat auch der Besteller wie der Käufer den Wandlungs- und Minderungsanspruch, aber nicht primär, sondern erst hinter dem dem Käufer grundsätzlich versagten Mängelbeseitigungsanspruch. Das bedeutet praktisch, daß der Besteller

¹⁾ Vgl. das Sachenrecht von JULIUS v. GIERKE, Heft 9 dieses Sammelwerkes, 2. Aufl., S. 157 und MARTIN WOLFF, Sachenrecht, 8. Bearbeitung, S. 621 f.

²⁾ Oben S. 116. ³⁾ Oben S. 110.

erst dann wandeln und mindern kann, wenn eine von ihm dem Unternehmer zur Mängelbeseitigung gesetzte Frist fruchtlos verstrichen ist, es müßte denn sein, daß die Beseitigung des Mangels unmöglich wäre oder von dem Unternehmer verweigert würde oder daß die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wäre. Daß der Besteller bei verschuldetem Mangel statt Wandlung bzw. Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, ist im Gesetz besonders betont, versteht sich aber nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, und hervorzuheben ist hier nur die kurze Verjährungsfrist, der dieser Ersatzanspruch mitsamt den übrigen Mängelansprüchen nach kaufrechtlichem Vorbild unterworfen ist.

b) Da, wo die Nichterfüllung der Unternehmerpflichten nicht in mangelhafter, sondern in nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes besteht, hat das dem Gläubiger erwachsende Rücktrittsrecht eine von den allgemeinen Lehren des Obligationenrechts abweichende Gestaltung insofern erfahren, als es nicht von einem vom Schuldner zu vertretenden Umstand abhängig gemacht worden ist (§§ 633—639, 646).

3. Was die vom Besteller zu zahlende Vergütung angeht, so ist sie

a) bei der Abnahme bzw. bei der Vollendung des Werkes zu entrichten (§§ 641, 646). Der tatsächlichen Abnahme steht selbstverständlich der Abnahmeverzug gleich. Mit dieser Gleichstellung aber sind die hier zu berücksichtigenden Interessen des Unternehmers nicht unter allen Umständen gewahrt. Darum hat das Gesetzbuch beim Werkvertrag die allgemeinen Rechtsfolgen des Annahmeverzugs dahin ergänzt, daß, wenn der Besteller durch Nichtvornahme der ihm nach dem Vertragsinhalt obliegenden Mitwirkungshandlung (Anprobieren des Anzugs, Lieferung von Material, Maßen, Plänen usw.) in mora accipiendi verfällt, er dem Unternehmer außer der Vergütung eine „angemessene Entschädigung“ zu zahlen hat (§ 642). Letztere dient als Ersatz für den Zeitverlust und die Mehrkosten, die dem Unternehmer daraus erwachsen, daß er sich dem Besteller länger, als vorauszusehen war, leistungsbereit halten muß. Überdies vermag sich der Unternehmer aus dem lästigen Wartezustand, in den ihn die Passivität des Bestellers versetzt, dadurch zu befreien, daß er diesem zur Nachholung der Mitwirkungshandlung eine mit Eventualkündigung verbundene angemessene Frist setzt, nach deren fruchtlosem Ablauf der Vertrag als aufgehoben gilt. Natürlich kann solchenfalls der Unternehmer weder die vereinbarte Vergütung noch die oben erwähnte Entschädigung, wohl aber „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen“ verlangen (§§ 643, 645 Abs. 1 Satz 2).

b) Das beim Werkvertrag nicht einfache Problem der Gefahrtragung ist vom Gesetz in der Weise gelöst, daß mit der Abnahme, oder wo solche nicht in Frage kommt, mit der Vollendung des Werkes die Gefahr vom Unternehmer auf den Besteller übergeht. Der Abnahme steht auch hinsichtlich dieser Wirkung der Annahmeverzug des Bestellers und beim Distanzgeschäft die Übergabe an die Transportanstalt gleich (§ 644). Die Gefahrtragung des Unternehmers besagt, daß letzterer den Anspruch auf das Entgelt verliert, wenn während ihrer Dauer infolge eines Zufalls die Herstellung des Werkes unmöglich wird oder das hergestellte Werk untergeht, und sie besagt ferner, daß vertragswidrige Mängel, die aus dieser Zeit stammen, unter die Mängelgewähr fallen. Es führt also beim Werkvertrag — im Gegensatz, wie wir sehen werden, zum Dienstvertrag — die Gefahrtragung dahin, daß bei ausgebliebenem Erfolg der Arbeitspflichtige umsonst gearbeitet hat. Nicht aber liegt es — und das Gesetz hebt dies in § 644 Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich hervor — in der Gefahrtragung einbeschlossen, daß der Unternehmer für den vom Besteller gelieferten und durch Zufall untergegangenen Stoff Ersatz leisten muß. Eine Teilung der Gefahrtragung läßt das Gesetz in billigerweise erwerter Weise eintreten, wenn „das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die

Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist“: alsdann kann der Unternehmer, soweit er nicht wegen Verschuldens des Bestellers weitergehende Ansprüche aus § 324 hat, wieder „einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen“ verlangen (§ 645).

c) Alle werkvertraglichen Forderungen des Unternehmers sind gesichert durch ein gesetzliches Pfandrecht „an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind“ (§ 647). Bei Bauwerken wird der analoge Schutz, der hier besonders dringend, aber durch die auf den Realkredit zu nehmende Rücksicht erschwert ist, gewährt durch das Recht des Unternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers (§ 648) und durch die freilich nur zum Teile wirksamen Detailvorschriften des Reichsgesetzes über die Sicherung von Bauordnungen vom 1. 6. 1909.

4. Eine letzte Besonderheit des Werkvertrags betrifft einen ihm eigentümlichen Beendigungsgrund. Es kann nämlich der Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Doch hat solche an keinerlei Schranken gebundene Kündigung nur eine beschränkte vertragsauflösende Kraft: sie befreit den Unternehmer von der Herstellungspflicht, aber nicht den Besteller von der Verpflichtung, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. Gegenüber dieser dem Besteller lediglich ungünstigen Wirkung besteht der Wert des Kündigungsrechtes für ihn darin, daß sich der Unternehmer auf die Vergütung anrechnen lassen muß, „was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt“ (§ 649). Dadurch kommt ohne Benachteiligung des Unternehmers der Besteller, den seine Bestellung gereut, billiger davon, als wenn er den Vertrag aushalten und für ein von ihm nicht mehr benötigtes Werk das volle Entgelt zahlen müßte. Noch größer ist nach § 650 seine Entlastung, wenn der Grund, aus dem er kündigt, die Unrichtigkeit eines vom Unternehmer nicht garantierten Kostenanschlags ist.

§ 46. Der Dienstvertrag.

Literatur: LOTMAR, Der Arbeitsvertrag (2 Bde., Leipzig 1902/1908); MOLITOR, Artikel „Dienstvertrag“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929); Derselbe, Das Wesen des Arbeitsvertrages (Leipzig 1925); NICKISCH, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag (Berlin 1926); LAUTNER, Geltendes und künftiges Arbeitsvertragsrecht, 1. Teil (Graz 1927); vgl. ferner die Angaben zu § 45 und wegen der neueren arbeitsrechtlichen Literatur die Nachweise bei KASKEL-DERSCH, Arbeitsrecht (Nr. 31 dieses Sammelwerkes; 4. Aufl., Berlin 1932) S. 12f.

1. Im Dienstvertrag wird Arbeit gegen Entgelt versprochen (§ 611). Vom Werkvertrag unterscheidet sich der Dienstvertrag, wie bereits gesagt wurde, dadurch, daß Gegenstand des ersteren ein Arbeitsergebnis ist, während kraft des letzteren die Tätigkeit als solche geschuldet wird. Darum Dienstvertrag und nicht Werkvertrag, wo es sich für den Arbeitgeber überhaupt nicht um einen einzelnen bestimmten Erfolg handelt, sondern ein ganzer, oft sehr verschiedenartiger Tätigkeitskomplex in Frage steht, wie z. B. beim Vertrag mit dem Fabrikarbeiter, dem Handlungsgehilfen, dem Hausangestellten, dem Hausarzt, dem Vermögensverwalter, dem Hausverwalter. Ferner Dienstvertrag und nicht Werkvertrag da, wo der Vertragszweck zwar auf einen bestimmten Erfolg abzielt, seine Erreichung aber außerhalb der Macht desjenigen liegt, der die Arbeitsleistung übernimmt, so daß dieser nicht den Erfolg, sondern nur die Bemühung, ihn zu erreichen, versprechen kann: hierher gehört der Lehrherr, der sich zur Ausbildung des Lehrlings; der Hauslehrer, der sich zur Vorbereitung der Zöglinge auf das Abiturientenexamen; der Rechtsanwalt, der sich zur Führung eines Prozesses; aber nach richtiger Ansicht auch der Arzt, der sich zu einer Operation verpflichtet. Und endlich da nicht Werkvertrag,

sondern Dienstvertrag, wo der Auftraggeber wiederum einen bestimmten Arbeitserfolg im Auge hat, dieser auch aus eigener Kraft des Auftragnehmers erreichbar ist und darum zugesichert werden könnte, wo aber nach dem Willen der Parteien die Arbeitsleistung sich unter den Augen und damit unter der Mitverantwortung des Arbeitsherrn vollziehen soll und dieser sich deshalb mit dem Versprechen der bloßen Tätigkeit begnügt: man denke an die Wasch- oder Putzfrau, die zur Erledigung der Wäsche oder des Hausputzes in die Wohnung der Herrschaft kommt. Und weil hier überall nur ein Wirken und kein Werk geschuldet wird, trägt zum Unterschied vom Werkvertrag der Auftraggeber die Gefahr insofern, als er vertragsmäßig geleistete Arbeit grundsätzlich auch dann vergüten muß, wenn der mit ihr bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist.

Wie beim Werkvertrag¹⁾, so unterscheidet das Gesetz auch beim Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung gerichtete und nicht auf solche gerichtete Dienstverhältnisse und schreibt nur für erstere die entsprechende Anwendung der in § 675 aufgezählten Rechtssätze vor. Die Unterscheidung ist, weil praktisch undurchführbar, hier so unglücklich wie dort. Weit fruchtbarer erweist sich eine andere, im BGB. nicht zum Ausdruck gekommene Einteilung. Es lassen sich nämlich unter den Dienstverträgen solche unterscheiden, wo freie, und solche, wo abhängige Arbeit geleistet wird. Zu den ersteren zählt der Vertrag mit dem Arzte, dem Anwalt, dem Hauslehrer; zu den letzteren der des Lohnarbeiters, des Lohnangestellten, des Hausgehilfen. Die Abhängigkeit bei der zweiten Gruppe besteht darin, daß hier der Arbeitnehmer durch den Vertragsschluß in den von einem anderen geleiteten Organismus eintritt und sich damit fremdem Direktionsrecht unterwirft, daß also auf Grund einer Anstellung eine Art privatrechtlichen Subordinationsverhältnisses ins Leben gerufen wird. In neuerer Zeit hat sich für diese Art von Dienstverträgen die Bezeichnung „Arbeitsvertrag“ eingebürgert²⁾. Dieser Vertragstypus bildet heutzutage, im Gegensatz zu früheren Zeiten, für die Mehrzahl der Menschen die Grundlage ihrer Existenz. Schon insofern rückt er in den Mittelpunkt des gesetzgeberischen Interesses. Seine Bedeutung als soziales Problem wird noch dadurch gesteigert, daß mit der rechtlichen Abhängigkeit wirtschaftliche Schwäche und Schutzbedürftigkeit zwar nicht notwendigerweise verbunden zu sein braucht, tatsächlich aber in weitem Umfang verbunden ist. So beschäftigt sich denn gegenwärtig eine Fülle von Rechtsnormen, entstammend einer kaum mehr überschaubaren Zahl von Gesetzen und Verordnungen, mit den einzelnen Erscheinungsformen dieser Anstellungsverhältnisse; zum Teile haben sich letztere in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen ganz neue Rechtsquellen geschaffen. Die Summe dieser Rechtssätze, die teils dem privaten, teils dem öffentlichen Rechte angehören, bildet unter dem Namen „Arbeitsrecht“ oder „Sozialrecht“ nachgerade eine eigene wissenschaftliche Disziplin, deren Fragen und gesetzgeberische Aufgaben denn auch im Rahmen dieses Sammelwerkes in einer besonderen Abhandlung erörtert werden³⁾. An dieser Stelle handelt es sich nur darum, die spärlichen Vorschriften des BGB. über den Dienstvertrag kurz zu skizzieren.

2. Daß der zur Dienstleistung Verpflichtete, wie § 613 Satz 1 sagt, die Dienste im Zweifel in Person zu leisten hat, entspricht der Natur des hier vorliegenden

¹⁾ Oben S. 128.

²⁾ Dieser Arbeitsvertrag erscheint also als ein Unterfall des Dienstvertrages. Rein vom sprachlichen Standpunkt aus betrachtet, wäre es natürlich richtiger, für den Oberbegriff, der sowohl die auf selbständige, wie die auf unselbständige Arbeit gerichteten Verträge umfaßt, die Bezeichnung „Arbeitsvertrag“ zu verwenden, und den Namen „Dienstvertrag“ dem Unterbegriff vorzubehalten, der die mit einem Subordinationsverhältnis verbundenen Arbeitsverträge als Sonderart hervortreten lassen soll. Der terminologische Schönheitsfehler erklärt sich aber daraus, daß durch das BGB. der Name Dienstvertrag in seiner technischen Bedeutung bereits vergeben war, als die jetzigen Arbeitsverträge in ihrer Eigenart von der zivilrechtlichen Systematik erkannt wurden.

³⁾ KASKEL-DERSCH, a. a. O.

Schuldverhältnisses. Hingegen ist gegenüber der Vorschrift des Satzes 2, daß der Anspruch auf die Dienste im Zweifel nicht übertragbar sei, erhebliche Vorsicht am Platze. Denn überall, wo die Dienste in einem „Unternehmen“ zu leisten sind, erscheinen sie durch dessen Natur derartig objektiviert, daß man sich umgekehrt im Zweifel für die Übertragbarkeit und Vererblichkeit wird entscheiden müssen.

Der Arbeitnehmer ist vorleistungspflichtig: er kann also die Vergütung erst nach erbrachter Arbeit verlangen¹⁾. Bei Dienstverhältnissen von längerer Dauer richtet sich die Fälligkeit der Vergütung nach den lohnmessenden Zeitabschnitten (§ 614). Natürlich können die Parteien auch Vorauszahlung des Entgelts vereinbaren. Dadurch wird aber nichts an der Gefahrtragung geändert, mit der nach § 323 der Arbeitnehmer insofern belastet ist, als er für die Zeit, wo er nicht arbeiten kann, den Lohnanspruch verliert. Von dieser Gefahrtragung macht § 616 nur bei unverschuldeten Hindernissen (insbesondere also Krankheiten) von verhältnismäßig kurzer Dauer eine Ausnahme aus sozialen Gründen²⁾. Stets aber muß es sich bei der den Arbeitnehmer treffenden Gefahrtragung um Unmöglichkeit der Leistung in dem technischen Sinne des Gesetzes handeln. Hat die Arbeitsverhinderung ihre Ursache in einer nach dem Vertragsinhalt vom Arbeitgeber zu erwartenden Mitwirkungshandlung, so liegt auf dessen Seite Annahmeverzug vor, von dem § 615 ausdrücklich betont, daß er dem Schuldner der Dienste die Lohnforderung belasse, und zwar ohne ihn zur Nachleistung zu verpflichten. Freilich ist die Grenze von Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug gerade beim Arbeitsvertrag nicht immer leicht zu ziehen (man denke an den Untergang der Arbeitsstätte durch Feuersbrunst; an die Arbeitswilligen, die infolge Teilstreiks nicht arbeiten können³⁾). Der Schutz, den die §§ 615, 616 für den Dienstverpflichteten vorsehen, ist insofern unvollkommen, als diese Bestimmungen nicht zwingenden Rechtes sind und infolgedessen die hier dem Dienstverpflichteten verliehenen Ansprüche durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden können und auch tatsächlich, namentlich in Tarifverträgen, häufig ausgeschlossen werden. Innerhalb gewisser Grenzen hat hier die „Zweite Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen“ vom 5. 6. 1931 Abhilfe geschaffen, indem sie in Teil 1, Kapitel IV, § 1 den § 616 durch folgenden Absatz 2 ergänzt hat: „Der Anspruch eines Angestellten (§ 1, Abs. 1, 2 des Angestelltenversicherungsgesetzes) auf Vergütung kann für den Krankheitsfall nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden. Hierbei gilt als verhältnismäßig nicht erheblich eine Zeit von 6 Wochen, wenn nicht durch Tarifvertrag eine andere Dauer bestimmt ist⁴⁾.“

Neben der Arbeitsleistungs- und der Lohnzahlungspflicht erzeugt der Dienstvertrag bei sinngemäßer Auslegung auf beiden Seiten gewisse Treupflichten, von denen im BGB. nur einige dem Arbeitgeber zufallende geregelt sind. Dahin gehört einmal die letzterem gegen Ende des Dienstverhältnisses erwachsende Pflicht, dem Arbeitnehmer durch Gewährung der nötigen freien Zeit (§ 629) und durch Ausstellen eines Zeugnisses (§ 630) beim Aufsuchen einer neuen Arbeitsgelegenheit

¹⁾ Über die Verfügungsbeschränkungen, denen der Arbeitnehmer in Ansehung seiner Lohnforderung auf Grund des sogenannten Lohnbeschlagnahmegesetzes unterliegt, und die dem Vergütungsanspruch anhaftenden vollstreckungsrechtlichen Privilegien vgl. KASKEL-DERSCH a. a. O. S. 208f. — Über den Eingriff in vertragsmäßige Vergütungsansprüche, den zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen die Gesetzgebung der letzten Zeit vorgenommen hat, siehe die Dritte Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. 10. 1931 in Teil 5, Kapitel III und die Vierte Notverordnung vom 8. 12. 1931 in Teil 6, Kapitel I.

²⁾ Vgl. auch die noch weiter gehenden §§ 63 HGB., 133c Abs. 2 GewO. — Die dem Arbeitgeber in § 617 auferlegte Verpflichtung, dem in die häusliche Gemeinschaft aufgenommenen Arbeitnehmer im Falle der Erkrankung Verpflegung und ärztliche Behandlung zu gewähren, ist angesichts der heutigen Krankenversicherung nur von geringer praktischen Bedeutung.

³⁾ Vgl. dazu oben S. 82.

⁴⁾ Durch diese Bestimmung ist eine stärkere Angleichung des Allgemeinen Bürgerlichen Rechts an die vorhin Anm. 2 genannten Rechtsquellen erreicht.

behilflich zu sein. Und des weiteren gehört hierher eine Reihe von Schutzmaßnahmen, die die §§ 618, 619 dem Dienstberechtigten unabdingbar auferlegen, um vom anderen Teile Betriebsgefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit, soweit wie möglich, abzuwenden.

Die Dauer des Dienstverhältnisses richtet sich nach der Parteivereinbarung; nur kann der Arbeitnehmer sich nicht auf längere Zeit als fünf Jahre kontraktlich binden (§§ 620 Abs. 1; 624). Ist dem Dienstvertrag ein festes Ende nicht entnehmbar, so gilt er als auf unbestimmte Zeit eingegangen. Ein solcher Kontrakt ist — soweit nicht neuerdings das anderwärts darzustellende Betriebsrätegesetz Schranken zugunsten des Dienstpflichtigen errichtet hat — von jedem Teile frei kündbar unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen, die für den Geltungsbereich des BGB. in den §§ 621—623 und in dem diese Bestimmungen ergänzenden Reichsgesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. 7. 1926 normiert sind. Neben dem ordentlichen befristeten Kündigungsrecht gewährt das Gesetz, den Bedürfnissen Rechnung tragend, die sich aus dem Charakter des Dienstvertrags als eines Dauerschuldverhältnisses ergeben, in § 626 ein außerordentliches, fristloses Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde. Ein solcher wichtiger Grund — das BGB. enthält sich mit Recht jeder Definition und auch jeder Exemplifikation — ist da anzunehmen, wo „das Durchhalten des Vertrags bis zu seiner normalen Auflösung Interessen einer Partei verletzen würde, deren Preisgabe der Gegner nach dem Vertragszweck und der Verkehrsanschauung nicht verlangen kann“. Bei gewissen Dienstverhältnissen (es würde beispielsweise das Prozeßmandat des Anwalts hierher zählen) gestattet § 627 die fristlose Kündigung auch ohne wichtigen Grund und verbietet nur die unzeitige Kündigung von seiten des Dienstverpflichteten. Die fristlose Kündigung tangiert möglicherweise den durch Vorleistung bereits erworbenen Lohnanspruch und erzeugt unter Umständen Schadensersatzpflichten desjenigen, der sie durch sein vertragswidriges Verhalten veranlaßt hat (§ 628).

3. Wie schon angedeutet, werden die dienstrechtlichen Vorschriften des BGB. in besonders starkem Maße verdrängt durch Sonderrechtssätze anderer Rechtsquellen. Diese Sonderrechtssätze betreffen sämtlich den vorhin als Arbeitsvertrag bezeichneten Kontraktstypus. Es gehören hierher unter anderem die Gewerbeordnung, das HGB., die Reichsgesetze über Binnenschifffahrt und Flößerei vom Jahre 1895, die Vorläufige Landarbeitsordnung vom Jahre 1919, die einzelstaatlichen Berggesetze. Dem BGB. unterstehen von den Arbeitsverträgen beispielsweise der „Dienstboten“- oder „Hausgehilfen“-vertrag (seit Aufhebung der einzelstaatlichen Gesindeordnungen) und die Verträge der Großbetriebe mit den von ihnen angestellten Syndici, Chemikern, Ingenieuren, Ärzten, Sozialbeamten usw. Dem zur Bekämpfung der hier bestehenden Rechtszersplitterung von der Reichsverfassung in Art. 157 Abs. 2 aufgestellten Programm: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht“ hat der nach der Revolution beim Reichsarbeitsministerium gebildete „Arbeitsrechtsausschuß“ durch Ausarbeitung eines „Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes“ zu entsprechen versucht¹⁾. Eine weitere gesetzgeberische Behandlung hat dieser Entwurf nicht erfahren²⁾.

§ 47. Sonstige auf Arbeitsleistung gerichtete Schuldverhältnisse.

Literatur: REICHEL, Die Maklerprovision (München 1913); ERNST HEYMANN, Der Handelsmakler (Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechtes Bd. 5, Abt. 1, S. 321ff.; Leipzig 1926);

¹⁾ Im Buchhandel erschienen (Berlin 1923).

²⁾ In der Literatur ist er viel beachtet worden. Zu erwähnen sind: MOLITOR, HUECK, RIEZLER, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes (Mannheim 1925) und KRELLER, Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes im Arch. f. d. civil. Praxis, Bd. 122 S. 1ff.; Bd. 123 S. 263ff.; Bd. 125 S. 1ff. (1924—26).

BÄTGE, Artikel „Auslobung“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929); R. v. MAYR, Die Auslobung (Wien 1905); HERMANN ISAY, Die Geschäftsführung nach dem BGB. (Jena 1900); BRÜCKMANN, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag (Jena 1903); LENT, Begriff der auftragslosen Geschäftsführung (Leipzig 1908); MÜNCH, Artikel „Auftrag“ und „Geschäftsführung ohne Auftrag“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929; Bd. 3, 1931).

1. Der Maklervertrag. In ihm verspricht der eine Teil dem andern Teile eine Vergütung „für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittlung eines Vertrags“. Solcher Maklervertrag ist ein *contractus sui generis*. Er ist kein Werkvertrag, denn der Makler verpflichtet sich nicht und kann sich ja auch gar nicht verpflichten, einen Geschäftsabschluß zustande zu bringen. Es ist der Maklervertrag aber auch kein Dienstvertrag, denn es werden nach der dispositiven, dem durchschnittlichen Parteiwillen entsprechenden Bestimmung des Gesetzes nicht die Bemühungen des Maklers als solche, sondern nur seine erfolgreichen Bemühungen honoriert: kommt der Vertragsabschluß zwischen seinem Auftraggeber und dem vom ihm ausfindig gemachten Dritten nicht zustande oder kommt er nur suspensiv bedingt zustande und fällt die Bedingung aus, so hat der Makler auch vom Standpunkt des Verdienstes aus umsonst gearbeitet und muß selbst Aufwendungen, die er gehabt hat und die eben seine Berufsspesen darstellen, aus seiner Tasche bezahlen (§ 652). Streitig ist, ob im Maklervertrag der Makler die Verpflichtung zur Entfaltung einer Tätigkeit übernimmt. Die Frage ist in aller Regel zu verneinen: der Ansporn, nicht müßig zu bleiben, liegt in der Abhängigkeit des Vergütungsanspruches vom Tätigkeitserfolg. Nur ist daran festzuhalten, daß wenn der Makler tätig wird, er mit der erforderlichen Diligenz tätig werden muß; er darf beispielsweise seinem Geschäftsherrn nicht vorsätzlich oder fahrlässig einen insolventen oder aus anderem Grunde untauglichen Vertragsgegner zuführen. Und außerdem kann im Maklervertrag dem Makler die Verpflichtung, sich um das Zustandekommen des Geschäfts zu bemühen, besonders auferlegt werden. Übernahme der Makler solche Tätigkeitspflicht und bedänge er sich überdies für die Mühewaltung als solche einen Lohn aus, so würde der Maklervertrag alle Merkmale eines Dienstvertrags aufweisen.

Die wenigen maklerrechtlichen Vorschriften, die das BGB. aufstellt, besagen, daß mangels einer Vereinbarung über die Höhe der Vergütung (gewöhnlich wird sie in Prozenten vom Werte des abzuschließenden Geschäfts festgesetzt) der taxmäßige bzw. ortsübliche Lohn zu zahlen ist (§ 653 Abs. 2); daß jeder Anspruch auf Maklerlohn und Impensenersatz entfällt, „wenn der Makler dem Inhalt des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist“ (§ 654); daß wenn für die Vermittlung von Dienstverträgen ein unverhältnismäßig hoher Maklerlohn ausgemacht worden ist, er, ähnlich wie wir es bei der Konventionalstrafe kennengelernt haben¹⁾, vor der Entrichtung auf Antrag des Schuldners durch richterliches Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden kann (§ 655), und daß der auf Heiratsvermittlung gerichtete Maklervertrag keine Rechtspflicht zur Honorarzahlung, sondern nur eine Anstandspflicht dazu begründet, die sich wie bei Spiel und Wette juristisch darin äußert, daß der freiwillig geleistete Lohn nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann (§ 656).

Da der Makler, soweit er gewerbsmäßig Verträge über Gegenstände des Handelsverkehrs vermittelt, dem Sonderrecht des HGB. und des Börsengesetzes untersteht, fällt unter den Herrschaftsbereich des BGB., abgesehen von der nicht gewerbsmäßigen Maklertätigkeit, in der Hauptsache nur der Grundstücks- und Hypothekemakler, das Wohnungsnachweisbureau und die an sozialen Schäden reiche „Agentur“ für Stellen- und Arbeitsvermittlung. Um den mit letzterer verbundenen Mißständen, gegen die auf einzelnen Gebieten schon das Stellenvermittlergesetz vom 2. 6. 1910 angekämpft hat, zu beugen, haben die Reichsgesetze vom 22. 7. 1922 und 16. 7.

¹⁾ Oben S. 84.

1927 durch Begründung von öffentlichen Arbeitsnachweisen die Vermittlung von Arbeitsverträgen der privatrechtlichen Sphäre zu entrücken versucht¹⁾. Nach § 55 Abs. 1 Satz 1 des zuletzt gedachten Gesetzes ist die gewerbsmäßige Stellenvermittlung seit dem 1. 1. 1931 verboten. Denjenigen Stellenvermittlern, die zu dieser Zeit das Gewerbe mindestens seit dem 2. 6. 1910 auf Grund behördlicher Erlaubnis ausgeübt haben, ist eine angemessene Entschädigung zu gewähren (Satz 2 daselbst). Die nähere gesetzliche Regelung dieser Entschädigung ist durch das Reichsgesetz vom 25. 3. 1931 und die zu seiner Ausführung erlassene Verordnung von demselben Tage erfolgt²⁾.

2. Der Trödelvertrag. Hier überläßt der eine Teil, gewöhnlich der Eigentümer, dem anderen Teile eine Sache mit der Verabredung, daß der andere nach Ablauf einer bestimmten Frist entweder die Sache zurückgeben oder eine festgesetzte Summe (aestimatio; darum contractus aestimatorius) zahlen soll. Der wirtschaftliche Zweck solcher Vereinbarung geht natürlich dahin, daß der Eigentümer mit Hilfe des Trödlers seine Sache veräußern, „an den Mann“ bringen will. In dieser Mittlertätigkeit ähnelt der Trödler dem Makler. Von letzterem unterscheidet er sich aber dadurch, daß er nicht Erwerber und Veräußerer zueinander führt, sondern selbst die Veräußerung im eigenen Namen besorgt. Und unter den Dienst- oder Werkvertrag läßt sich der Trödelvertrag deshalb nicht stellen, weil der Trödler sich weder zum Verkauf der Ware noch auch nur zu Bemühungen in dieser Richtung verpflichtet. Der Anreiz, die Hände nicht in den Schoß zu tun, liegt für den Trödler in der ihm verbleibenden Differenz, um welche der erzielte Erlös die an den Auftraggeber abzuliefernde Taxsumme übersteigt.

Der Trödelvertrag ist vom Gesetz nicht geregelt. Daß der Trödler nicht das Risiko der Unverkäuflichkeit der Ware trägt, folgt aus der ihm vertragsmäßig eingeräumten Befugnis, die nicht verkaufte Ware dem Eigentümer zurückzugeben. Im übrigen sind bei dem Schweigen des Gesetzes die an einen Trödelvertrag sich knüpfenden Streitfragen auf Grund der jeweils in Betracht kommenden Verkehrsgewohnheiten zu beantworten. Im Zweifel wird der Trödler nicht Eigentümer der ihm zum Verkauf übergebenen Sache und trägt infolgedessen der andere Teil die Gefahr ihres zufälligen Untergangs und ihrer zufälligen Verschlechterung. Von dem Zeitpunkt an, wo der Trödler die Taxsumme zahlt, wird man die Vertragsbeziehungen der Parteien in einzelnen Punkten — man denke an die Sach- und Rechtsmängelhaftung — nach kaufrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen haben.

Ein durch kodifizierte Usancen geregelter Sonderfall des Trödelvertrags ist der zwischen Verlags- und Sortimentsbuchhändler übliche Konditionsvertrag. Von ihm ist im Handelsrecht die Rede.

3. Die Auslobung. Darunter versteht das Gesetz die durch öffentliche Bekanntmachung ausgesetzte Belohnung für die Vornahme einer Handlung. Eine solche öffentliche Bekanntmachung verpflichtet niemanden zur Vornahme der Handlung; aber sie verpflichtet gegenüber der vorgenommenen Handlung den Auslobenden zur Leistung des versprochenen Gegenstands. Da diese Schuldverpflichtung ausschließlich in der öffentlichen Bekanntmachung wurzelt, so hat sie ihren Entstehungsgrund nicht in einem Vertrag, sondern in einem einseitigen Rechtsgeschäft. Deshalb erwirbt den Anspruch auf die Belohnung auch derjenige, der ohne Kenntnis der Auslobung oder doch ohne Rücksicht auf sie die ausgelobte Handlung vornimmt (§ 657). Bis zur Vornahme der Handlung kann der Auslobende die Auslobung widerrufen, wenn er dafür die Form des *contrarius actus* oder den Weg der persönlichen Mitteilung wählt und wenn er nicht in der Auslobung — und sei es nur durch Setzung einer Frist für die Vornahme der Handlung — auf die Wider-

¹⁾ Das Nähere über den Inhalt dieser Gesetzgebung gehört in das Arbeitsrecht. Vgl. KASKEL-DERSCH a. a. O. S. 146f.

²⁾ RGBl. I S. 69, 72.

ruflichkeit verzichtet hat (§ 658). Nach dem Inhalt der Auslobung beantwortet sich auch die Frage, wie die Belohnung da zu verteilen ist, wo die Handlung mehrmals oder zwar nur einmal, aber von mehreren gemeinschaftlich vorgenommen worden ist. Soweit die Auslobung hierüber nichts bestimmt, gelten die Vorschriften der §§ 659, 660.

Die von der Auslobung angeregte Handlung kann von sehr verschiedenartiger Natur sein. Es kann die Belohnung auf eine Tätigkeit als solche gesetzt sein (Teilnahme an einer wissenschaftlichen Expedition oder an einer Rettungsaktion) oder sie kann an die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs geknüpft sein (Finden und Wiederbringen eines verlorenen Gegenstands; Ergreifung eines flüchtigen Verbrechers; Lösung eines Rätsels oder eines technischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Problems). Einerlei ist für die Wirksamkeit der Auslobung das Maß des Interesses, das der Auslobende an der ausgeschriebenen Handlung hat: er kann sogar an der Nichtvornahme der Handlung interessiert sein, indem er gerade dadurch, daß eine Handlung trotz hoher Belohnung nicht vorgenommen wird, den Nachweis von ihrer Unerbringbarkeit führen will¹⁾. Daß deswegen nicht jede marktschreierische und scherzhafte Meßreklame („tausend Mark demjenigen, der den mit meinem Patentkitt geleimten Teller wieder entzweibricht“) eine gültige Auslobung darstellt, versteht sich von selbst.

Streiten die Parteien, ob die vorgenommene mit der ausgeschriebenen Handlung identisch und infolgedessen die Belohnung verdient sei, so entscheidet über die Identität der Richter. Der Auslobende kann aber auch in der öffentlichen Bekanntmachung zu erkennen geben, daß die Entscheidung, ob die vorgenommene Handlung den Bedingungen der Auslobung entspreche und welche von mehreren Handlungen ihnen am meisten entspreche, von ihm selbst oder einer von ihm bezeichneten Person unter Ausschluß des Rechtsweges gefällt werden soll. Dann spricht man von einer Preisbewerbung. Für sie hat das Gesetz in § 661 einige Sonderrechtssätze aufgestellt.

4. Der Auftrag. Er ist der Vertrag, durch den sich der eine Teil dem anderen zu einer unentgeltlichen Tätigkeit verpflichtet. Das Gesetz spricht in § 662 von „Geschäftsbesorgung“ statt von „Tätigkeit“. Unsere Fassung aber setzt, ohne den Tatbestand selbst zu ändern, die einfachere Formulierung an die Stelle des verschleierte und nur scheinbar engeren gesetzlichen Begriffs: es kann eben jedwede Handlung, hinsichtlich deren es nach dem Willen der Parteien zu einer rechtlichen Bindung kommen soll, Gegenstand eines Auftrags sein. Nur muß ihre Vornahme entweder im Interesse des Auftraggebers oder einer dritten Person gelegen sein, darf also nicht dem alleinigen Interesse des Beauftragten dienen. Denn solchenfalls wäre der vermeintliche Auftrag nichts weiter, als ein guter Rat, den zu befolgen der Adressat niemals verpflichtet sein kann und für den der ihn Erteilende nur haftet, wenn dafür ein besonderer vertraglicher oder deliktischer Grund gegeben ist (§ 676). Begrifflich verschieden vom Auftrag ist die Vollmacht. Sie hat es nicht mit den internen obligationsrechtlichen Beziehungen von Mandanten und Mandatar, sondern mit der externen, dem allgemeinen Teile des bürgerlichen Rechtes angehörenden Frage zu tun, ob Rechtsgeschäfte, die der Beauftragte für den Auftraggeber mit dritten Personen eingeht, diese in unmittelbare Beziehungen zum Auftraggeber setzen. Solche Vollmacht kann sich, braucht sich aber nicht mit dem Auftrag zu verbinden. Inwieweit sie es tut, ist von Fall zu Fall zu entscheiden.

Als unentgeltliches Geschäft steht der Auftrag zum Dienst- und Werkvertrag in einem ähnlichen Verhältnis wie die Leihe zum Mietvertrag. Von ihr sagten wir

¹⁾ Das ist in der Literatur vielfach verkannt worden, als vor einer Reihe von Jahren ein bekanntes Mitglied der Societas Jesu eine verhältnismäßig hohe Summe zugunsten desjenigen auswarf, der den Nachweis erbrachte, daß in den Jesuitenschriften die Lehre von der Heiligung der Mittel durch den Zweck enthalten sei.

seinerzeit, daß sie einen „familiären“ Charakter trage und zu den „Nichtverkehrsgeschäften“ zu zählen sei. Das gilt in gewissem Sinne auch vom Auftrag. Mit dieser relativ geringen Rolle, die das Schuldverhältnis im großen Rechtsverkehr spielt, würde die eingehende Regelung, die das Gesetz ihm hat zuteil werden lassen, kontrastieren, wenn die Bedeutung der ihm gewidmeten Einzelvorschriften nicht in Wahrheit auf anderem Gebiet läge: sie finden, wie schon mehrfach angedeutet, in weitem Umfang auf Dienst- und Werkverträge entsprechende Anwendung (§ 675).

Während im allgemeinen ein Oblat den Antrag, den er nicht annehmen will, ignorieren kann, besteht für den Empfänger einer Auftragsofferte im Ablehnungsfall unter Umständen eine besondere Erklärungspflicht (§ 663). Da das Gesetz nichts Abweichendes bestimmt, hat der Mandatar bei der Ausführung des Auftrags trotz der Unentgeltlichkeit *omnis diligentia* zu beobachten; von den Weisungen des Mandanten darf er nur innerhalb der engen Grenzen des § 665 abweichen und ist im Zweifel nicht berechtigt, sich einen Substituten zu bestellen, sowenig, wie er sich die Substituierung eines anderen Gläubigers gefallen zu lassen braucht (§ 664). Mit der dem Beauftragten obliegenden Leistung kann sich je nach deren Natur eine Reihe von Nebenpflichten verbinden, von denen im Gesetz die Benachrichtigungspflicht, die Verpflichtung zur Auskunftserteilung, die Rechenschaftspflicht, die Herausgabe- und die Zinspflicht ausdrücklich erwähnt sind (§§ 666—668).

Den Pflichten des Mandatars stehen möglicherweise solche des Mandanten gegenüber. Die im § 669 statuierte Vorschußpflicht gehört freilich nur im uneigentlichen Sinne hierher, da es sich beim Vorschuß nicht sowohl um eine Schuldverbindlichkeit des Auftraggebers, als um eine Voraussetzung handelt, ohne die der Auftragnehmer mit seiner Tätigkeit nicht zu beginnen braucht: Nichtleistung des Vorschusses führt darum nie zur *mora solvendi*, sondern immer nur zur *mora accipiendi* des Mandanten. Hingegen ist ein echter Anspruch dem Mandatar in § 670 verliehen, der dem Beauftragten ein Recht gibt auf Ersatz derjenigen Auslagen, die er bei sorgfältiger Prüfung aller Umstände für erforderlich halten durfte, auch wenn sie objektiv betrachtet nicht erforderlich waren. Schäden, die der Mandatar bei der Auftragsausführung erleidet und die nicht unter den Begriff der Aufwendungen fallen, kann er nur ersetzt verlangen, wenn sie vom Mandanten verschuldet sind.

Der Interessenlage beim Auftrag entspricht es, daß er vom Auftraggeber jederzeit widerrufen und vom Beauftragten jederzeit gekündigt werden kann, wenschon er von letzterem nicht zur Unzeit gekündigt werden soll (§ 671). Für den Fall, daß der Auftrag durch den Tod einer der Parteien erlischt (was im Zweifel nur beim Tode des Mandatars zutrifft), suchen die §§ 672—674 das Geschäft bzw. den überlebenden Kontrahenten vor Schaden zu bewahren.

5. Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Sie stellt insofern das Gegenstück zum Auftrag dar, als hier jemand für einen anderen unentgeltlich tätig wird, „ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein“ (*negotiorum gestio*): es bezahlt jemand fremde Rechnungen; füttert ein fremdes, ihm zugelaufenes Tier; repariert oder verkauft fremde Sachen; macht Einkäufe für einen andern; leistet Hilfsdienste einem Verunglückten und was dergleichen Fälle mehr sind. Hier überall liegt kein vertragliches Gebilde vor, sondern das Schuldverhältnis entspringt dem einseitigen Handeln der einen Partei. Ob man dieses von dem Willen getragene Handeln, fremde Interessen wahrzunehmen und durch ihre Wahrnehmung zu dem Interessenten in schuldrechtliche Beziehungen zu treten, als Willenserklärung und demgemäß die Geschäftsführung ohne Auftrag als einseitiges Rechtsgeschäft ansprechen darf, ist eine Konstruktionsfrage, die hier nicht weiter verfolgt werden kann. Unabhängig von ihr bestimmt § 682, daß mangelnde Geschäftsfähigkeit des *negotiorum gestor* die spezifischen *Gestionswirkungen*, soweit sie dem Gestor nachteilig sind, nicht zur Entstehung kommen läßt. Nur die

Absicht, fremde Angelegenheiten zu besorgen, nicht auch Kenntnis von der Persönlichkeit des Fremden ist für die Geschäftsführung ohne Auftrag wesentlich; darum hindert Irrtum über die Person des Geschäftsherrn nicht das Zustandekommen der Obligation zwischen dem Geschäftsführer und demjenigen, den die Geschäftsführung in Wirklichkeit betrifft (§ 686). Geht jedoch der Irrtum so weit, daß er das altruistische Bewußtsein aufhebt, indem jemand ein in Wahrheit fremdes Geschäft als das seinige betrachtet (z. B. ein fremdes Tier füttert, das er für sein Eigentum hält), so entfällt naturgemäß der Tatbestand der *negotiorum gestio* (§ 687 Abs. 1). Und er entfällt auch dann, wenn jemand ein fremdes und als fremd erkanntes Geschäft in bewußter Widerrechtlichkeit wie sein eigenes behandelt (z. B. ein ihm zugelaufenes fremdes Tier füttert, um es zu unterschlagen): doch kann in diesem Falle der Geschäftsherr den Geschäftsführer zu dessen Nachteil so in Anspruch nehmen, als ob eine *negotiorum gestio* vorläge (sogenannte unechte Geschäftsführung ohne Auftrag; § 687 Abs. 2).

Die *negotiorum gestio* setzt zwar ein als freiwillige Tat des Geschäftsführers; einmal angefangen, verpflichtet sie ihn aber, das Geschäft so, wie das Interesse des Geschäftsherrn nach dessen wirklichem oder mutmaßlichem Willen es erfordert, mit verkehrsüblicher Sorgfalt durchzuführen. Wird dieses Sorgfaltsmaß (von dem das Gesetz nur bei Hilfeleistungen in dringender Gefahr etwas nachläßt) nicht prästiert, so haftet der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn auf Schadensersatz (§§ 677, 680). Ja, muß der Geschäftsführer von vornherein erkennen, daß die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht, so hat er für deren nachteiligen Ausgang selbst dann einzustehen, wenn „ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt“, es müßte denn sein, daß „ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde“ (§§ 678, 679). Im übrigen obliegen dem Geschäftsführer dieselben Pflichten wie dem Mandatar, zu denen sich noch die Anzeigepflicht des § 681 gesellt.

Dem *negotiorum gestor* steht für die von ihm geleistete „Menschenhilfe“ ein Honoraranspruch nicht zu; selbst dann nicht, wenn er unter Gefährdung eigener Interessen dem Geschäftsherrn die wertvollsten Güter gerettet hätte. Und auch das Recht auf Impensersatz ist vom Gesetz in engen Grenzen gehalten. Dem Geschäftsführer fehlt jeder Ersatzanspruch, „wenn er nicht die Absicht hatte, vom Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen“, wenn die gemachten Aufwendungen also Schenkungscharakter tragen¹). Umgekehrt erwirbt er stets einen Ersatzanspruch, wenn „der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt“. Von diesen beiden Fällen abgesehen, kann der *negotiorum gestor*, „wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht“, diejenigen Aufwendungen erstattet verlangen, die er „den Umständen nach für erforderlich halten durfte“ (wobei zu beachten ist, daß die Rücksichtnahme auf den Willen des Geschäftsherrn in den Fällen ausscheidet, in denen wir sie auch in Ansehung der Haftung des Geschäftsführers ausscheiden durften). Wo diese Voraussetzungen der sogenannten „Geschäftsführungsgegenklage“ nicht vorliegen, ist der *negotiorum gestor* hinsichtlich seiner Auslagen auf den bloßen Bereicherungsanspruch beschränkt (§§ 683, 684 in Vbd. mit §§ 670, 679).

§ 48. Die Gesellschaft.

Literatur: KNOKE, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. (Jena 1901); O. GIERKE, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (Berlin 1902); BEYER, Die Surrogation bei Vermögen im BGB. (Marburg 1905); KAUFMANN, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen (München 1912);

¹) Dazu oben § 42 unter 3 (S. 119).

W. SILBERSCHMIDT, Beteiligung und Teilhaberschaft. Ein Beitrag zum Rechte der Gesellschaft (Halle 1915); SCHAFFHEUTLE, Gesellschaftsbegriff und Erwerb in das Gesellschaftsvermögen (Heft 6 der von HOENIGER herausgegebenen Abhandlungen zum Bürgerlichen, Handels- und Arbeitsrecht; Mannheim 1931); WIMPFHEIMER, Die Gesellschaften des Handelsrechtes und des bürgerlichen Rechtes im Stadium der Liquidation (München 1908).

1. Im Gesellschaftsvertrag verpflichten sich mehrere Personen wechselseitig, zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes beizutragen (§ 705). Da hier jeder Teil eine Verpflichtung übernimmt, um gegenüber dem anderen Teile den Anspruch auf eine Leistung zu erwerben, würde an und für sich ein gegenseitiger Vertrag vorliegen. Die Besonderheit des Gesellschaftsvertrages besteht aber darin, daß neben die *causa credendi*, von der die einzelne Versprechensabgabe getragen ist, als zweite *causa* der gemeinschaftlich angestrebte Zweck tritt. Und indem hier neben dem einen, rein rechtlichen, ein zweiter, möglicherweise rein faktischer, Erfolg als Rechtsgrund in den Vertrag aufgenommen wird, verändern sich die Züge des gegenseitigen Vertrags durchaus: die zweite *causa* drängt die erstere völlig in den Hintergrund bzw. nimmt sie als Mittel in ihren Dienst, so daß die Leistungen der Gesellschafter nicht mehr wie beim synallagmatischen Vertrag das Bild des *do ut des*, des wechselseitigen Austausches darstellen, sondern parallel zueinander derselben Endrichtung zulaufen. Scheidet somit nach richtiger Ansicht der Gesellschaftsvertrag aus der Reihe der gegenseitigen Verträge aus, so erweisen sich die für letztere geltenden und früher entwickelten Regeln der §§ 320ff. als unanwendbar. Es wäre auch sinnwidrig, wenn die zufällige Unmöglichkeit der Beitragsleistung eines einzelnen Gesellschafters, mag sie für die Erreichung des gemeinschaftlichen Zweckes von noch so untergeordneter Bedeutung sein, sämtliche Gesellschafter nach § 323 von ihren Beitragspflichten befreien würde. Die durch den Wegfall der §§ 320ff. etwa entstehenden Lücken sind vom Gesetz durch sozietätsrechtliche Sonderbestimmungen ausgefüllt.

Unter den Zwecken, um derenwillen Gesellschaftsverhältnisse eingegangen werden, spielt im Verkehr natürlich die größte Rolle der gemeinschaftliche Betrieb eines Handelsgewerbes. Dann entsteht gewöhnlich eine sogenannte offene Handelsgesellschaft, für die zufolge ihrer Normierung im HGB. die Vorschriften des BGB. nur subsidiäre Bedeutung haben. Irrtümlich aber wäre die Vorstellung, als ob deswegen der Gesellschaftsvertrag des allgemeinen bürgerlichen Rechtes im wesentlichen nur die Rechtsform für soziale, ethische, künstlerische, gesellige und sportliche Bestrebungen sei. Vielmehr versieht er auch im modernen Wirtschaftsleben wichtige Funktionen und begegnet uns hier im Dienste sowohl des Wirtschaftskampfes wie der wirtschaftlichen Konzentration¹⁾.

Die Personenmehrheit, aus der sich die Gesellschaft zusammensetzt, erhebt sich juristisch nicht über die Summe ihrer Mitglieder. Dadurch unterscheidet sie sich vom rechtsfähigen Verein und ähnlichen juristischen Personen, bei denen die von der Personenmehrheit angestrebten Zwecke mit Hilfe eines neuen, von ihr verschiedenen Rechtsobjektes verfolgt werden. Und der nicht rechtsfähige Verein unterscheidet sich von der Gesellschaft, deren Rechtssätze an sich nach § 54 auf ihn Anwendung finden, dadurch, daß er korporativ organisiert und meistens auf eine wechselnde Mitgliederzahl berechnet ist, während die Gesellschaft einer korporativen Organisation, wie sie im Vereinsstatut, dem Vorstand, der Mitgliederversammlung zum Ausdruck kommt, entbehrt und regelmäßig auf einen mehr oder minder geschlossenen Personenkreis beschränkt ist.

2. Bei der Erfüllung der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Verpflichtungen hat jeder Gesellschafter zufolge des nicht unbedenklichen Rechtssatzes des § 708 nur für diejenige Sorgfalt aufzukommen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

¹⁾ Letzterenfalls sind unter Umständen die Sonderbestimmungen der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellung vom 2. 11. 1923 (sog. Kartellverordnung) zu beachten.

Zu jenem Kreise von Obliegenheiten gehört in erster Linie die Verpflichtung, den gemeinsamen Zweck zu fördern, insbesondere also die vereinbarten Beiträge zu leisten, die in einmaligen oder wiederkehrenden, in fest fixierten oder nach dem Gesellschaftsbedarf schwankenden Prästationen, in Kapital oder in Diensten, in der Einbringung von körperlichen oder unkörperlichen Gegenständen, in deren Übertragung an die Mitgesellschafter oder in ihrer Überlassung zur bloßen Benutzung bestehen können. Im Zweifel ist die Beitragspflicht jedes Gesellschafters gleich groß und können die übrigen Gesellschafter vom Sozios — unbeschadet der ihn nach § 735 treffenden Nachschußpflicht — weder eine Erhöhung des vereinbarten Beitrags noch eine Ergänzung seiner durch Verlust verminderten Einlage verlangen (§§ 706, 707). Außer zur Beitragsleistung ist der Gesellschafter zur Besorgung der Gesellschaftsgeschäfte verpflichtet, soweit er davon nicht vertragsmäßig entbunden ist, und er hat, abgesehen von der geringeren Sorgfalt, die von ihm zu beachten ist, diese Pflicht nach den für den Mandatar geltenden Grundsätzen zu erfüllen (§ 713).

Die Besorgung der Gesellschaftsgeschäfte ist aber nicht nur eine Pflicht, sondern gleichzeitig ein Recht des einzelnen Gesellschafters. Daraus folgt, daß für jedes Geschäft die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Der Gesellschaftsvertrag kann aber einzelne Gesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen und das Recht zu ihr auf den oder die übrigen Gesellschafter übertragen und er kann da, wo eine Vielheit von Gesellschaftern geschäftsführungsberechtigt ist, von dem Erfordernis der Einstimmigkeit der Gestionsbeschlüsse dispensieren und Mehrheitsbeschlüsse für zulässig erklären. Es kann die Geschäftsführung auch jedem einzelnen Gesellschafter mit der Befugnis zu isoliertem Handeln eingeräumt werden: alsdann vermag er die Vornahme eines Geschäfts durch die andern im Wege des Widerspruchs zu verhindern. Aus wichtigem Grunde darf jeder geschäftsführende Gesellschafter die Geschäftsführung kündigen und durch einstimmigen oder, wo es der Vertrag zuläßt, durch Majoritätsbeschluß der übrigen Gesellschafter der Geschäftsführung entsetzt werden. Auch den nicht an der Geschäftsführung teilnehmenden Gesellschaftern verbleiben gewisse Kontrollrechte hinsichtlich des Standes der Gesellschaftsgeschäfte. Im Geschäftsführungsrecht einbeschlossen ist der Anspruch auf Auslagenersatz, der sich wiederum nach mandatsrechtlichen Gesichtspunkten richtet. Und während beim Dienstvertrag und beim Auftrag jedesmal den Umständen des Falles zu entnehmen ist, ob der Beauftragte Rechtsgeschäfte, die er in Erledigung seines Auftrags mit Dritten einzugehen hat, im Namen des Auftraggebers abschließen darf, spricht beim Gesellschaftsvertrag eine Vermutung dafür, daß das Geschäftsführungsrecht die Vollmacht enthält, Willenserklärungen mit unmittelbarer Wirkung für die übrigen Gesellschafter abzugeben und entgegenzunehmen (§§ 709—716).

Außer dem Geschäftsführungsrecht und den damit zusammenhängenden Befugnissen hat der Gesellschafter gewisse, später zu erwähnende Ansprüche gegen die übrigen Gesellschafter, wenn das Gesellschaftsverhältnis, sei es schlechthin, sei es für ihn erlischt und es infolgedessen zur wirklichen oder fingierten Auseinandersetzung kommt. Und während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses kann er am Schlusse jedes Geschäftsjahres Auszahlung des auf ihn entfallenden Gewinns verlangen. Die Gewinnanteile der Gesellschafter sind im Zweifel gleich hoch und unabhängig von der Art und Größe der geleisteten Beiträge. Dem Rechte auf den Gewinnanteil steht freilich die Verpflichtung gegenüber, an dem bei Auflösung der Gesellschaft festgestellten Verlust zu partizipieren. Dabei ist mangels abweichender Vereinbarung und vorbehaltlich der weitergehenden Schuldenhaftung, die den einzelnen Gesellschafter den Gläubigern gegenüber trifft, der Schlüssel der Gewinnverteilung auch für die Verlustverteilung maßgebend (§§ 721, 722).

Die Ansprüche, die nach dem Vorstehenden die Gesellschafter gegeneinander

erwerben, können wegen ihrer Verwachsenheit mit dem Gesellschaftszweck nur in beschränktem Umfang auf dritte Personen übertragen werden (§ 717).

3. „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen). Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands erworben wird“ (§ 718).

Es fragt sich, wem das Gesellschaftsvermögen zusteht. Da die Gesellschaft kein eigenes Rechtssubjekt ist, kommen als Inhaber des Gesellschaftsvermögens nur die Gesellschafter selbst in Betracht. Sie sind Miteigentümer der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen und gemeinschaftliche Gläubiger der darin liegenden Forderungen und sie haben, wenschon das in der Doktrin sehr bestritten ist, sowohl an diesen einzelnen Stücken wie an dem Vermögen im ganzen ziffernmäßig bestimmbare Anteile (Quoten). Von anderen Rechtsgemeinschaften nach Bruchteilen unterscheidet sich das Gesellschaftsvermögen aber durch eine eigenartige, um des Zweckes willen, dem es dient, geschaffene Gebundenheit, die man als Gesamthandsprinzip zu bezeichnen pflegt. Diese Gebundenheit bewirkt einmal, daß der einzelne Gesellschafter, solange sie besteht, hinsichtlich der Gegenstände des Gesellschaftsvermögens keine Teilung verlangen kann und daß er unfähig ist, über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen im ganzen oder an den einzelnen dazu gehörenden Stücken zu verfügen (§ 719 Abs. 1). Damit hängt weiter der Rechtsatz zusammen, daß gegen eine Gesellschaftsforderung der Schuldner nicht eine ihm gegen den einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen darf (§ 719 Abs. 2). Und von den gemeinschaftlichen Forderungen kann der einzelne Gesellschafter seine Quote isoliert nicht einmal in der Form geltend machen, daß er auf Leistung an alle Gesellschafter klagt¹⁾. Natürlich muß der Schuldner, der die Zugehörigkeit einer Forderung zum Gesellschaftsvermögen nicht kennt und infolgedessen Erfüllungshandlungen einem einzelnen Sozium gegenüber vornimmt, nach Analogie des debitor cessus geschützt werden (§ 720). Aus dem Gesamthandsprinzip folgt ferner, daß ein Gläubiger Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nur betreiben kann, wenn es ihm gelungen ist, ein gegen alle Gesellschafter lautendes Urteil zu erstreiten (ZPO. § 736), und daß der Anteil eines Gesellschafters an den einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen der Pfändung entzogen ist (ZPO. § 859 Abs. 1 Satz 2). Der Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen im ganzen ist zwar der Pfändung unterworfen (ZPO. § 859 Abs. 1 Satz 1), letztere verschafft aber dem pfändenden Gläubiger nicht ohne weiteres die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Pfändungsschuldners, sondern verleiht ihm während des Bestehens der Gesellschaft nur die Befugnis zur Geltendmachung des Dividendenanspruchs und die Möglichkeit, im Wege der fristlosen Kündigung die Gesellschaft zu sprengen (§ 725).

Wie die Aktiva des Gesellschaftsvermögens nicht Rechte der Gesellschaft, sondern der Gesellschafter sind, so stellen sich auch seine Passiva als Schulden der Gesellschafter dar. Zu den auf dem Gesellschaftsvermögen lastenden Schulden gehören die Vertragsschulden, die in Verfolg des Gesellschaftszweckes alle Gesellschafter oder die Geschäftsführer wirksam im Namen aller Gesellschafter eingehen, und diejenigen Deliktsschulden, die nach Maßgabe der Grundsätze von der außerkontraktlichen Haftung in der Person sämtlicher Gesellschafter, wiederum bei Verfolgung des Gesellschaftszweckes, entstehen. Für beide Arten von Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner, es müßte denn bei den Vertragsschulden bloße Teilhaftung der einzelnen Sozien besonders vereinbart sein

¹⁾ Bestritten! Vgl. oben S. 100.

(§§ 427, 431, 840 Abs. 1). Und weil es sich hier um Gesamtschulden handelt, kann der Gläubiger beliebig einen der Gesellschafter herausgreifen und ihn isoliert auf die ganze Schuldsumme verklagen. Das hat aber für ihn den Nachteil, daß er, wie die Privatgläubiger dieses Gesellschafter, nur in dessen Vermögen exequieren und sich an das Gesellschaftsvermögen höchstens auf dem eben erwähnten Umweg des § 725, also durch Pfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen und daran anschließende Sprengung der Gesellschaft, halten kann. Will der Gläubiger unmittelbar in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken, so muß er, wie gesagt, alle Gesellschafter belangen und in solidum verurteilen lassen. Gesellschaftsschulden in dem Sinne, daß für sie nur das Gesellschaftsvermögen, das Privatvermögen des einzelnen Sozius hingegen gar nicht haftet, sind bloß dann, aber dann sehr wohl denkbar, wenn solche beschränkte Haftung mit dem Gläubiger bei Eingehung des Schuldverhältnisses besonders vereinbart worden ist.

4. Ihr Ende findet die Gesellschaft mit Erreichung oder Unmöglichwerden des vereinbarten Zweckes und mangels abweichender Vertragsbestimmung mit dem Tode oder dem Konkurs eines Gesellschafter (§§ 726—728). Die Gesellschaft endigt ferner, wenn sie auf bestimmte Zeit eingegangen ist, mit Zeitablauf. Und sie kann schließlich aufgelöst werden durch einen darauf abzielenden rechtsgeschäftlichen Akt, der entweder Auflösungsvertrag der Gesellschafter oder einseitige Kündigung ist. Solches Kündigungsrecht hat einmal, wie schon hervorgehoben, der Gläubiger eines Gesellschafter, wenn er dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen gepfändet hat (§ 725 Abs. 1). Kündigungsberechtigt ist aber vor allem der einzelne Gesellschafter selbst. Und zwar kann er, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Zeit oder für die Lebenszeit eines Gesellschafter gebildet worden ist oder nach Ablauf der für sie bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, jederzeit und — falls nicht der Vertrag Kündigungsfristen vorsieht — fristlos kündigen. Ist eine Zeitdauer für die Gesellschaft bestimmt oder sind Kündigungsfristen vereinbart, so ist die jederzeitige und fristlose Kündigung nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes statthaft, wobei es als wichtiger Grund insbesondere anzusehen ist, „wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird“. Niemals aber darf die Kündigung eines Gesellschafter zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Die grundlos unzeitige Kündigung wäre zwar nicht unwirksam, würde aber den Kündigenden verpflichten, den übrigen Gesellschaftern den aus ihr entstehenden Schaden zu ersetzen (§§ 723, 724).

Nach jeder Auflösung der Gesellschaft findet unter den Gesellschaftern die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens statt. Soweit es der Zweck der Auseinandersetzung verlangt, gilt während ihrer Dauer die Gesellschaft, also auch das Gesamthandsprinzip als fortbestehend; das Geschäftsführungsrecht kommt mangels anders lautenden Vertragsinhaltes allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu (§ 730). Die Auseinandersetzung selbst erfolgt in der Weise, daß den Gesellschaftern die Gegenstände, die sie der Gesellschaft zum Gebrauch überlassen haben (und für deren zufälligen Abgang letztere nicht ersatzpflichtig ist), zurückgegeben und daß aus dem Gesellschaftsvermögen zunächst die gemeinschaftlichen Schulden (einschließlich derjenigen, die den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für die einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften) berichtet werden. Von dem verbleibenden Reste des Gesellschaftsvermögens bekommen die Gesellschafter ihre erstattungsfähigen Einlagen zurück. Ist ein solcher Rest nicht oder nicht in genügendem Maße vorhanden oder reicht das Gesellschaftsvermögen nicht einmal zur Tilgung der gemeinschaftlichen Schulden aus, so muß sich jeder Gesellschafter eine Kürzung seiner Einlagen in dem Verhältnis

gefallen lassen, in dem er am Verlust der Gesellschaft partizipiert, bzw. er muß in diesem Verhältnis die zur Schuldenbegleichung und Einlagererstattung erforderlichen Nachschüsse leisten, wobei der sich aus der Insolvenz eines Gesellschafters ergebende Ausfall auf die übrigen Gesellschafter entsprechend umgelegt wird. Verbleibt hingegen nach der Abtragung der Schulden und der Rückgewähr der Einlagen ein Überschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem für die Gewinnverteilung im Gesellschaftsvertrag verabredeten Maßstab. Besteht das Gesellschaftsvermögen nicht schon in Geld, so ist es, wenn die Zwecke der Schuldentilgung, der Einlagererstattung und der Überschußverteilung es erfordern, in Geld umzusetzen. Das dabei einzuschlagende Verfahren richtet sich nach den später zu besprechenden Vorschriften von der Gemeinschaft, wofern nicht die Gesellschafter Abweichungen von ihnen vereinbaren bzw. den Geschäftsführern gestatten (§§ 731—735).

5. Der Satz, daß Tod, Konkurs oder Kündigung eines Gesellschafters die Gesellschaft schlechthin auflöst, ist nicht zwingenden Rechtes. Im Vertrag kann bestimmt sein, daß in solchen Fällen nur der betreffende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, die letztere also unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Ja, wo solches vereinbart ist, kann sogar ein Gesellschafter, in dessen Person ein wichtiger Kündigungsgrund in dem früher erwähnten Sinne für die übrigen Gesellschafter gegeben ist, durch deren gemeinschaftliche Erklärung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden (§§ 736, 737).

Der Ausscheidende nimmt an dem Gewinn und Verlust aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften teil, ohne auf die Art der Beendigung dieser Geschäfte einen Einfluß zu haben. Nur gewisse Kontrollrechte hinsichtlich des Geschäftsergebnisses stehen ihm zu (§ 740). Eine Auseinandersetzung findet, da ja die Gesellschaft weiterbesteht, wegen des Ausscheidens des Gesellschafters nicht statt. Letzterer kann nur Rückgabe der von ihm der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände und Zahlung derjenigen rechnerisch zu ermittelnden Summe verlangen, die er hätte fordern können, wenn es im Zeitpunkt seines Ausscheidens zu einer Auseinandersetzung gekommen wäre. Ergibt die anzustellende Rechnung ein Minus, so hat der Ausscheidende den Fehlbetrag nach Maßgabe seiner vertraglichen Verlustbeteiligung den Gesellschaftern zu erstatten (§§ 738, 739). Durch den Austritt des Ausscheidenden wird für die zurückbleibenden Gesellschafter eine Veränderung notwendig in der Höhe ihrer Anteile am Gesellschaftsvermögen und an dessen einzelnen Stücken. Ein Ausfluß der Geschlossenheit des Güterkomplexes, wie sie im Gesamthandsprinzip sich ausdrückt, ist es, daß diese Veränderung sich nicht im Wege der Quotenübertragung, sondern durch unmittelbare Anwachsung vollzieht: der ausscheidende Gesellschafter D braucht seine Quote nicht erst im Wege des Rechtsgeschäftes auf die zurückbleibenden Gesellschafter A, B und C zu verteilen, sondern deren bisherige Viertelsberechtigungen weiten sich ipso jure zu Drittelsberechtigungen aus (§ 738 Abs. 1 Satz 1). Durch die Abschichtung wird der Ausscheidende nicht von der gesamtschuldnerischen Haftung für die bei seinem Austritt bereits begründeten Gesellschaftsschulden frei; vielmehr hat er hinsichtlich ihrer nur einen Liberierungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter nach Maßgabe des § 738 Abs. 1 Satz 2 und 3.

Die — vom Gesetz nicht geregelte — Aufnahme eines neuen Gesellschafters kann Auflösung der bisherigen Gesellschaft und Begründung einer anderen mit erweitertem Personenkreis bedeuten. Im Zweifel aber wird man dem Vorgang nicht diesen Sinn beizulegen, sondern auch hier Fortbestand der alten Gesellschaft bei veränderter Gesellschafterzahl anzunehmen haben. Alsdann ist trotz des Schweigens des Gesetzes wiederum davon auszugehen, daß dem Neueintretenden durch entsprechende Minderung der Quoten der vorhandenen Gesellschafter der ihm gebührende Anteil am Gesellschaftsvermögen ipso jure zuwächst. Dafür wird man aber auch in dem Eintritt in die Gesellschaft eine kumulative Übernahme der bereits

bestehenden Gesellschaftsschulden erblicken dürfen, derzufolge der Eintretende, vorbehaltlich etwaiger Regreßansprüche gegen die Gesellschafter, den vorhandenen Gesellschaftsgläubigern gesamtschuldnerisch, also nicht nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen haftet¹⁾.

Zweites Kapitel.

Schuldverhältnisse ohne rechtsgeschäftliche Begründung.

§ 49. Die Gemeinschaft.

Literatur: SAENGER, Gemeinschaft und Rechtsteilung (Heft 19 der von Ernst Heymann herausgegebenen Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht; Marburg 1913); ENGLÄNDER, Die regelmäßige Rechtsgemeinschaft, 1. Teil (Berlin 1914).

1. Die Gemeinschaft, von der wir hier handeln, wird vom Gesetzbuch als „Gemeinschaft nach Bruchteilen“ bezeichnet (§ 741). Ein unangebrachtes Theoretisieren liegt darin insofern, als es ein noch unausgetragener wissenschaftlicher Streit ist, ob es Rechtsgemeinschaften, die nicht in Bruchteile zerfielen, überhaupt gibt. Das Vorhandensein von Quoten ist darum kein Moment, das sich zur Abgrenzung der Rechtsverhältnisse eignete, mit denen wir es hier zu tun haben. Vielmehr läßt sich der Herrschaftsbereich der sich mit der „Gemeinschaft“ beschäftigten Normen (§§ 742—758) nur negativ dahin umschreiben, daß sie überall Anwendung finden, wo eine Rechtsgemeinschaft vorliegt und die daraus sich ergebende Rechtsbeziehung ihre Regelung nicht anderweitig im Gesetz erfahren hat. So werden die Vorschriften von der Gemeinschaft, wenn es sich um Miteigentum handelt, ergänzt durch die sachenrechtlichen Bestimmungen der §§ 1008ff., und wenn es sich um eine gemeinschaftliche Forderung handelt, durch den früher besprochenen § 432; und sie werden zum großen Teile verdrängt durch die Sondergebiete der Erbengemeinschaft, der ehelichen Gütergemeinschaft und der Gesellschaft. Soweit jedoch in den letzteren Fällen spezielle Rechtssätze nicht eingreifen, gelten die Regeln von der „Gemeinschaft“ auch für die auf Erbgang oder Rechtsgeschäft sich gründenden Rechtsgemeinschaften (vgl. z. B. §§ 731 Satz 2; 1477 Abs. 1; 2038 Abs. 2 Satz 1; 2042 Abs. 2; 2044 Abs. 1 Satz 2; 2046 Abs. 3). Ihre primäre und uneingeschränkte Bedeutung aber haben sie natürlich bei den Gemeinschaftsverhältnissen, die durch zufällige Ereignisse (Schatzfindung, Verbindung, Vermischung und ähnliche Tatbestände) hervorgerufen werden (sog. *communio incidens*; §§ 921—923; 947 Abs. 1; 948 Abs. 1; 984).

2. Der Inhalt der vom Gesetzbuch unter dem Titel der „Gemeinschaft“ zusammengefaßten Rechtssätze ist in Kürze folgender:

a) Im Zweifel, d. h. sofern sich nicht aus dem Entstehungsgrund der Gemeinschaft etwas Abweichendes ergibt, sind die Anteile der Teilhaber gleich groß (§ 742). Über seinen Anteil kann jeder Gemeinschaftler verfügen (ihn veräußern, belasten, ihn sich abpfänden lassen usw.), während über den Gegenstand im ganzen naturgemäß nur von allen gemeinschaftlich verfügt werden kann (§ 747). Das gleiche gilt, vorbehaltlich der §§ 432, 1011, von der Geltendmachung des gemeinschaftlichen Rechtes gegenüber dritten Personen. Ein Vorkaufsrecht hinsichtlich des einzelnen Anteils kommt den übrigen Gemeinschaftlern kraft Gesetzes nicht zu, kann aber selbstverständlich durch Rechtsgeschäft begründet werden. Jeder Teilhaber ist „zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Gegenstands insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird“; dafür ist jeder Teilhaber den

¹⁾ Vgl. dazu § 130 HGB.

anderen gegenüber verpflichtet, „die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen“ (§§ 743, 748).

b) Was die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstands angeht, so steht sie den Teilhabern gemeinsam zu. Da aber Willensübereinstimmung nicht immer zu erzielen ist und bei ihrem Mangel der Gegenstand nicht unverwaltet bleiben soll, so kann durch Stimmenmehrheit (die nach der Größe der Anteile zu berechnen ist) „eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstands entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden“, die nur vor einer wesentlichen Veränderung des Gegenstands und vor einer Beeinträchtigung des Rechtes des einzelnen Teilhabers auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzungen haltmachen muß. Notwendige Verwaltungsmaßnahmen darf jeder Teilhaber isoliert treffen und im übrigen kann er, solange Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluß nicht vorliegt, mittels Gemeinschaftsklage gegen die anderen eine „dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen“ (§§ 744, 745). Eine Anomalie des Obligationenrechts, aber ein notwendiges Korrektiv gegen die vom Gesetz jedem Gemeinschaftler hinsichtlich seines Anteils zugesprochene Verfügungsbefugnis ist es, daß wenn Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands durch Vertrag oder Mehrheitsbeschluß geregelt sind, die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger des einzelnen Gemeinschaftlers wirkt (§ 746; vgl. aber für Grundstücke auch § 1010). Anders als die Gesellschafter haften die Gemeinschaftler einander bei allen Verwaltungshandlungen für omnis diligentia, was hier um so notwendiger ist, als die Gemeinschaftler sich nur selten denjenigen auswählen können, mit dem sie in Rechtsgemeinschaft geraten.

e) Gegenüber den Mißhelligkeiten, die jeder gemeinschaftliche Besitz mit sich bringt, ist es für die Teilhaber von größter Bedeutung, daß sie gegeneinander den unverjähren Anspruch auf jederzeitige Aufhebung der Gemeinschaft haben. Dieses Recht kann durch Vertrag für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder an eine Kündigungsfrist gebunden werden, und auch hier wirkt die Beschränkung (vorbehaltlich der sich auf gemeinschaftliche Grundstücke beziehenden Bestimmung des § 1010) für und gegen die Sondernachfolger, hingegen nicht notwendigerweise gegenüber dem Universalsukzessor. Trotz vertragsmäßiger Einschränkung oder Beseitigung des freien Aufhebungsanspruches kann jeder Gemeinschaftler bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und kann außerdem der Gläubiger, der die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt hat, die sofortige Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (§§ 749—751; 758).

Die Aufhebung selbst erfolgt, sofern nichts anderes vereinbart ist, bei teilbaren Gegenständen durch reale Teilung, bei unteilbaren durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstands nach den Vorschriften vom Pfandverkauf bzw. bei Grundstücken von der Zwangsversteigerung und durch Teilung des erzielten Erlöses. Forderungen sollen durch gemeinschaftliche Einziehung und Teilung bzw. Verkauf des eingezogenen Gegenstands in Einzelwerte umgesetzt werden; der Verkauf der Forderung selbst ist nur zulässig, solange sie noch nicht eingetrieben werden kann. Ist bei einem gemeinschaftlichen Gegenstand die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist er unter den Teilhabern zu versteigern. Wo auf diese oder auf andere Weise der gemeinschaftliche Gegenstand von einem der Teilhaber erworben wird, trifft jeden der übrigen Gemeinschaftler zu seinem Anteil die Sach- und Rechtsmängelhaftung des Verkäufers (§§ 752—754; 757).

d) Ob eine durch die Gemeinschaft veranlaßte Schuldverbindlichkeit auf den Teilhabern als Gesamtschuld lastet, hängt von ihrem Entstehungsgrund ab. Soweit es der Fall ist, kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung von den anderen verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand berichtigt wird. In ähnlicher

Weise ist jeder Gemeinschaftler, der gegen einen anderen eine in der Gemeinschaft wurzelnde Forderung hat, berechtigt, bei der Aufhebung die Berichtigung aus dem auf den Schuldner entfallenden Anteil zu verlangen, und kann auf diese Befugnis sogar im Konkurs des Schuldners ein Absonderungsrecht gründen. Diese Ansprüche auf vorzugsweise Befriedigung aus dem gemeinschaftlichen Gegenstand sind der Geltendmachung auch gegen die Sondernachfolger der Gemeinschaftler fähig, bei Grundstücken allerdings nur nach entsprechender Eintragung in das Grundbuch (§§ 755, 756, 1010 Abs. 2; KO. § 51).

§ 50. Vorlegung von Sachen.

Literatur: DIERSCHKE, Die Vorlegung von Sachen zur Besichtigung (Jena 1901); BUSCH, Artikel „Vorlegung von Sachen und Urkunden“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929).

An früherer Stelle wurde bereits erwähnt¹⁾, daß das Minimum eines auf Gebrauchsüberlassung gerichteten Vertrags gewissermaßen da vorliege, wo sich jemand einem anderen gegenüber zur Vorlegung eines Gegenstands verpflichtete. Das Gesetz läßt aber unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Vorlegung auch ohne vertragliche Grundlage unmittelbar kraft Gesetzes entstehen.

Zur Vorlegung einer Sache zwecks Besichtigung bzw. zur Gestattung der Besichtigung ist ihr (unmittelbarer oder mittelbarer) Besitzer demjenigen gegenüber verpflichtet, der an der Besichtigung der Sache deshalb interessiert ist, weil er entweder „einen Anspruch in Ansehung der Sache hat“ oder „sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zustehe“ (§ 809). Der Anspruch, um dessen wirklicher oder vermeintlicher Existenz willen die Besichtigung begehrt wird, braucht nicht gerade auf Herausgabe der Sache gerichtet zu sein: es genügt, daß er sich in irgendeiner Weise auf die Sache bezieht, so daß auch wegen einer gegen den Tierhalter aus § 833 anzustreitenden Schadensersatzklage die Gestattung der Besichtigung des Tieres verlangt werden kann. Oder es will jemand wegen störender Geräusche, Gerüche, Dämpfe oder ähnlicher Belästigungen gegen einen anderen vorgehen und zunächst die Quelle dieser Immissionen feststellen. Aber in der Mehrzahl der Fälle wird der Anspruch, dessen Durchführung das Recht auf Vorlegung dient, natürlich ein, sei es einem dinglichen, sei es einem persönlichen Rechte entspringender Herausgabeanspruch sein.

Sind die Erfordernisse des § 809 erfüllt, so erwächst das Besichtigungsrecht auch da, wo die Sache, um deren Vorlegung es sich handelt, eine Urkunde ist. Doch hat das Gesetz das Recht auf Urkundenedition gegenüber dem § 809 noch in bedeutsamer Weise erweitert. Es kann nämlich zufolge § 810 die Vorlegung der in einem fremden Besitz befindlichen Urkunde jeder verlangen, der ein rechtliches Interesse an der Einsicht in die Urkunde nachweist und überdies dartut, daß entweder die Urkunde in seinem Interesse errichtet worden ist oder daß die Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet oder daß die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, „die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von ihnen und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind“. Der letztere Fall betrifft namentlich die Korrespondenz des Vertragsgegners mit dem Makler, den die Parteien gemeinschaftlich mit der Vorbereitung des Vertragsabschlusses beauftragt hatten. Die hier vom BGB. für den Anspruch auf Urkundeneinsicht aufgestellten Voraussetzungen sind in ihrer praktischen Tragweite um so bedeutsamer, als sie nicht nur für den außergerichtlichen Rechtsverkehr, sondern nach § 422 ZPO. auch für die Frage maßgebend sind, inwieweit im Prozeß der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung von Urkunden verpflichtet ist, deren sich letzterer als Beweismittel bedienen will.

¹⁾ Oben S. 127 unter 4.

Mag es sich um Urkunden oder um sonstige Sachen handeln, stets hat die Vorlegung an dem Orte zu erfolgen, an dem sich die vorzulegende Sache befindet, es müßte denn der Editionsberechtigte oder der Editionspflichtige einen wichtigen Grund haben, die Vorlegung an einem anderen Orte zu verlangen (§ 811 Abs. 1). Gefahr und Kosten der Vorlegung hat derjenige zu tragen, der die Vorlegung fordert, und der Besitzer kann die Vorlegung der Sache verweigern, bis der Gegner wegen der Kosten Vorschuß und wegen einer etwaigen Gefährdung der Sache Sicherheit geleistet hat (§ 811 Abs. 2). Auch im übrigen darf der Inhaber des Editionsanspruches bei dessen Geltendmachung die billige Rücksichtnahme auf den Gegner nicht außer acht lassen; beispielsweise die Besichtigung nicht auf das Sachganze ausdehnen, wenn dem berechtigten Vorlegungsinteresse schon mit der Besichtigung eines Sachteiles genügt ist. Bei der Urkundenedition wird das Recht auf Einsicht in die Urkunde im Zweifel die Befugnis in sich schließen, von der Urkunde eine Abschrift zu nehmen.

§ 51. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Literatur: STIEVE, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruches nach dem BGB. (Straßburg 1899); KLINGMÜLLER, Der Begriff des Rechtsgrundes (Breslau 1901); JUNG, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes (Leipzig 1902); R. v. MAYR, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts (Leipzig 1903); REICHEL, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung (Leipzig 1912); SWOBODA, Bereicherung usw. nach österr. Recht (Wien 1919); OERTMANN, Die Geschäftsgrundlage (Leipzig 1921); LOCHER, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck im Arch. f. civ. Praxis Bd. 121 (1923) S. 1ff.; GEROTA, La théorie de l'enrichissement sans cause dans le code civil allemand (Paris 1925); GRAUER, Die ungerechtfertigte Bereicherung im französischen Privatrecht unter Berücksichtigung des deutschen bürgerl. Rechts (Heidelberg 1930); FRIEDMANN, Die Bereicherungshaftung im anglo-amerikanischen Rechtskreis in Vergleichung mit dem deutschen bürgerlichen Recht (Heft 3 der vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebenen Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Berlin 1930); WEINTRAUD, Die Saldotheorie. Ein Beitrag zur Lehre vom Gegenstand des Bereicherungsanspruches (Heft 45 der von FRANZ LEONHARD herausgegebenen Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechts, Breslau 1931); NEBENZAHL, Das Erfordernis der unmittelbaren Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (Berlin 1930); KRAWIETLICKI, Unentgeltlichkeit im Bereicherungsrecht in Jherings Jahrbüchern Bd. 81 (1931) S. 257ff.

1. Dem Tatbestand, der die sogenannten „Bereicherungsansprüche“ oder — wie sie mit einem der römisch-rechtlichen Terminologie entlehnten Ausdruck heißen — die „Kondiktionen“ erzeugt, hat das Gesetz in § 812 Abs. 1 Satz 1 folgende Fassung gegeben: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.“ Darnach ist für die Entstehung der Bereicherungsklage ein Dreifaches notwendig: es muß jemand etwas „erlangt“ haben, es muß dies „auf Kosten“ eines anderen geschehen sein, und es muß für die Vermögensverschiebung an einem „rechtlichen Grunde“ fehlen.

a) „Erlangt“ im Sinne des Bereicherungsrechts hat jemand etwas, wenn seine Rechtsgüterwelt irgendeinen Zuwachs erfahren hat, sei es durch eine Vermehrung ihrer Bestandteile, sei es durch eine Verminderung der auf ihr ruhenden Lasten. Unzweifelhaft gehört natürlich der Erwerb von Eigentum oder sonstigen dinglichen Rechten hierher. Ebenso aber auch der Erwerb von Forderungsrechten, wie die Befreiung von einer Schuldverbindlichkeit. Das Gesetzbuch spricht darum nur etwas Selbstverständliches aus, wenn es im Abs. 2 von § 812 „auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses“ für kondizierbar erklärt. Auch der Besitz kann Gegenstand eines Bereicherungsanspruches sein (*condictio possessionis*). Nicht minder empfangene Dienstleistungen. Auch derjenige, der Aufwendungen erspart, die er normalerweise aus seiner Tasche hätte machen müssen, ist „bereichert“. Desgleichen derjenige, der zwar noch kein subjektives Recht, wohl aber die Möglichkeit erworben hat,

es sich zu verschaffen, oder darüber zu verfügen: der fälschlich als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen; der Pseudozessionar, zu dessen Gunsten eine unrichtige Zessionsanzeige an den Schuldner ergangen ist; der Grundstückskäufer, der durch Empfang von notarieller Auflassung und Eintragungsbewilligung in der Lage ist, die Grundbucheintragung und damit den Eigentumswechsel zu bewirken¹⁾.

b) Auf Kosten eines anderen kann die Bereicherung, wie das Gesetz sich ausdrückt, erlangt sein entweder „durch eine Leistung des anderen oder auf sonstige Weise“. Wennschon also in der Mehrzahl der Fälle dem Bereicherungsanspruch ein vom Kondiktionsgläubiger zugunsten des Konditionsschuldners vorgenommenes Verfügungsgeschäft vorausgegangen sein wird (Tradition, Zession, Schuldverlaß, Schuldübernahme usw.), so kommen doch als gleichwertig auch solche Vermögensverschiebungen in Betracht, die sich, juristisch gesehen, durch einen *casus* vollzogen haben: infolge einer Verwechslung werden zwei, verschiedenen Eigentümern gehörige Fässer Wein zusammen geschüttet oder es benutzt jemand fremde Platten zum Photographieren; durch eine Überschwemmung wird von einem Grundstück eine Parzelle losgelöst und mit einem anderen Grundstück verbunden; ein Geisteskranker findet eine fremde Briefftasche mit Banknoten und bestreitet daraus eine Weile seinen Unterhalt; es verzehrt jemand Eier, die fremde Hühner gelegt haben, in der Meinung, sie stammten von seiner eigenen Henne; es betreibt jemand auf Grund eines unzulänglichen Titels die Zwangsvollstreckung und führt dadurch fremde Werte seinem Vermögen zu. Immer aber verlangt der Bereicherungsanspruch eine Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung: es darf sein Gegenstand, ehe er vom Kondiktionsgläubiger an den Konditionsschuldner gelangt ist, nicht erst in das Vermögen eines Dritten geraten sein. Der Wortlaut des Gesetzes kennt zwar diese Einschränkung nicht; aber ohne sie würde das Gebiet der Bereicherungsklagen eine uferlose Ausdehnung erfahren und darum fordert das Verkehrsbedürfnis die einengende Auslegung, die denn auch der in Literatur und Judikatur herrschenden Ansicht entspricht²⁾. Der Gegenstand, den der Einkaufskommissionär vom X erwirbt und an seinen Auftraggeber weiter veräußert, ist nur vom Kommissionär, nicht auch vom Auftraggeber auf Kosten des X erlangt. Hingegen fehlt es an dem Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung nicht, wenn ein Dritter die vom Schuldner geschuldete Summe an den Gläubiger abführt und nun vom Schuldner den gezahlten Betrag als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt. Denn Gegenstand der *Kondiktio* ist solchenfalls nicht sowohl die an den Gläubiger verabfolgte Summe als die unmittelbar aus dem Vermögen des Dritten erlangte Schuldbefreiung.

c) Der rechtliche Grund, dessen der Vermögenszuwachs ermangeln muß, ist in dem dem technischen Sinne zu verstehen, in dem wir an früherer Stelle von „Rechtsgrund“ oder „*causa*“ gesprochen haben³⁾. Wenn sich der Erwerber auf eine *causa* solcher Art (*causa solvendi, credendi, donandi, cavendi* usw.) nicht berufen kann, dann ist seine Bereicherung eine „ungerechtfertigte“. Darum liefern eine besonders große Zahl von Kondiktionsfällen die abstrakten Zuwendungen, als deren Charakteristikum wir ein starkes Maß von Unabhängigkeit gegenüber der ihnen zugrunde liegenden *causa* kennengelernt und von denen wir gesehen haben, daß sie zufolge

¹⁾ Der letztere Fall hat praktische Bedeutung namentlich durch die sog. Schwarzkäufe der Inflationszeit gewonnen. Vgl. darüber MARTIN WOLFF, Sachenrecht, 8. Bearbeitung, § 38 bei Anm. 25 b (S. 106/7). Judikaturbelege zum obigen Texte in Bd. 108 S. 329 ff., Bd. 112 S. 268, Bd. 119 S. 167 der Reichsgerichtsentscheidungen.

²⁾ Vgl. die eingehende Darstellung des *status controversiae* bei ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung, § 218 unter III (S. 683 ff.), wo jetzt im Gegensatz zu den früheren Auflagen der Standpunkt der herrschenden Lehre geteilt wird. Aus der Judikatur sei auf Reichsgericht, Entscheidungen Bd. 92 S. 82 ff. (mit zahlreichen Angaben aus der vorausgegangenen Rechtsprechung) und Bd. 97 S. 65 verwiesen.

³⁾ Oben S. 45.

dieser Unabhängigkeit auch da bei Bestand bleiben können, wo die causa sich als unwirksam erweist: der Erwerber des Pferdes hört nicht deshalb auf, Eigentümer zu sein, weil der Kaufvertrag, um dessentwillen es ihm übereignet wurde, sich nachträglich als nichtig herausstellt. Aber weil solche Vermögensverschiebung wegen der mangelnden causa der inneren Berechtigung entbehrt und es natürlich nicht die Absicht der Rechtsordnung ist, die Selbständigkeit der abstrakten Zuwendung, zu der sie sich aus bestimmten rechtspolitischen Gründen glaubt bekennen zu müssen, so auf die Spitze zu treiben, daß das *summum ius* zur *summa iniuria* wird, schafft sie den hier notwendigen Ausgleich dadurch, daß sie dem Leistenden gegen den Empfänger einen obligationsrechtlichen Anspruch auf Herausgabe gewährt.

Für den Ausschluß des Bereicherungsanspruchs genügt auf seiten des Erwerbers jedwede causa und es ist nicht notwendig, daß letztere gerade dem Verhältnis zum Kondiktionsgläubiger entstamme: wenn A eine dem E gehörige Sache an B verkauft und dieser kraft seines guten Glaubens ihr Eigentümer wird, dann ist B auf Kosten des E bereichert; aber nicht grundlos, weil der Erwerb in dem mit A abgeschlossenen Kaufvertrag seine zulängliche causa hat.

Auch beim Mangel einer causa entfällt der Bereicherungsanspruch, wenn das Gesetz zu erkennen gibt, daß eine von ihm angeordnete Vermögensverschiebung eine endgültige und ausgleichslose sein soll: das trifft z. B. grundsätzlich bei der Ersitzung zu vermöge der vom Gesetzgeber mit ihr verfolgten rechtspolitischen Zwecke¹).

2. In dem bisher besprochenen § 812 Abs. 1 Satz 1 hat das BGB. den Bereicherungsanspruch in einer generalis clausula zusammengefaßt. Diese Generalklausel wird von ihm erläutert und ergänzt durch Hervorhebung einzelner besonders bedeutsamer Bereicherungsfälle. Dahin gehört einmal

a) die sogenannte *condictio indebiti*, die Rückforderung einer gezahlten Nichtschuld: dem Leistenden schwebt die causa solvendi vor; diese trifft aber in Wahrheit nicht zu, weil das Geleistete gar nicht geschuldet war. Dem Mangel der Schuld steht es — vorbehaltlich der für die Verjährung geltenden Sondervorschrift des § 222 Abs. 2 — gleich, wenn dem Anspruch des Gläubigers eine peremptorische Einrede entgegengesetzt werden kann. Hingegen begründet vorzeitiges Erfüllen einer bestehenden Schuld den Bereicherungsanspruch nicht; auch Zwischenzinsen können solchenfalls, wie sie nach § 272 nicht abgezogen werden durften, nicht erstattet verlangt werden. Und selbst bei Fehlen einer Schuldverpflichtung versagt die *condictio*, „wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war, oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach“ (§§ 813, 814). Wer die Schuld eines anderen begleicht, kann zwar, wie vorhin angedeutet, möglicherweise vom Schuldner, aber keinesfalls vom Gläubiger kondizieren: denn wenn er auch selbst nichts schuldig war, so hat er sich doch die fremde causa zu eigen gemacht und infolgedessen keine Nichtschuld bezahlt.

¹) Vgl. aber auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 130 S. 69f. Soweit der Grundsatz durchgreift, wird er vielfach damit motiviert, daß die die Ersitzung anordnende sachenrechtliche Vorschrift selbst den „Rechtsgrund“ der Vermögensverschiebung abgebe. Diese Funktion kann eine sachenrechtliche Vorschrift ebensowenig ausüben, wie eine Zuwendung ihr eigener Rechtsgrund zu sein vermag. Ein sachenrechtlicher Erwerb, der seine eigene causa darstellte, würde einem Münchhausen gleichen, der sich am eigenen Schopf aus dem Wasser zöge. — Im übrigen gilt es keineswegs für alle originären Erwerbsarten des BGB., daß sie, gleich der Ersitzung, vom Gesetz als ausgleichslose Vermögensverschiebungen gewollt seien. Sie sind es da nicht, wo die Rechtsordnung die Änderung in den Eigentumsverhältnissen nur aus formal-rechtlichen, in der technischen Eigenart der dinglichen Rechte wurzelnden Erwägungen eintreten läßt, wie z. B. bei der schon mehrfach erwähnten Verbindung, Vermischung und Verarbeitung. Hier wird in § 951 dem Eigentumsverlierer der Bereicherungsanspruch, falls im übrigen seine Voraussetzungen alle erfüllt sind, ausdrücklich zuerkannt.

b) Die *condictio indebiti* beruhte darauf, daß die Parteien sich bei der Vermögensverschiebung den Effekt der Zahlung vorstellten, dieser Effekt aber ausblieb und deshalb die Verschiebung rückgängig gemacht werden mußte. Das gleiche Bedürfnis nach einem Bereicherungsanspruch taucht überall da auf, wo „der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt“: *condictio causa data causa non secuta*, auch *condictio ob causam datorum* genannt (§ 812 Abs. 1 Satz 2). Nur muß es sich um einen bei der Leistungsbewirkung von beiden Teilen vorausgesetzten und im Inhalt des Rechtsgeschäftes irgendwie zum Ausdruck gebrachten Erfolg handeln. Wo das aber zutrifft, macht es keinen Unterschied, ob der Erfolg rechtlicher oder rein faktischer Natur ist. So darf der Gläubiger die Quittung zurückholen, die er dem Schuldner in Erwartung der Zahlung geschickt, gegen die er aber Zahlung nicht erhalten hat; der Onkel die Aussteuer einklagen, die er seiner Nichte in Erwartung der Ehe gegeben hat, wenn die Ehe nicht zustande kommt; der Vater des Angestellten das Schweigegehalt vom Prinzipal zurückfordern, der den Diebstahl des Sohnes trotz Empfangs des Geldes hat ruchbar werden lassen; und wer einen Beitrag für den Bau eines Denkmals geleistet hat, dessen Errichtung sich hinterher als unausführbar erweist, kann vom Denkmalsausschuß die Rückgabe der gestifteten Summe verlangen. Ausgeschlossen ist die *condictio ob causam datorum*, „wenn der Eintritt des Erfolgs von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert hat“ (§ 815). Und beschränkt ist sie da, wo es sich um die Rückforderung einer Schenkung wegen nichtvollzogener Auflage handelt, zufolge der Sonderbestimmung, die der früher erwähnte § 527 für diesen Fall vorsieht.

c) Spezielle Erwähnung hat im Gesetz ferner die sogenannte *condictio ob causam finitam* gefunden: die Leistung ist im Moment ihrer Bewirkung zwar von einer *causa* getragen; der zunächst vorhandene rechtliche Grund fällt aber später weg (§ 812 Abs. 1 Satz 2). Der Käufer zahlt pränumerando den aus einem gültigen Kaufvertrag geschuldeten Kaufpreis; dem Verkäufer wird hinterher die Lieferung der Ware unmöglich und darum auch der Käufer von jeder Gegenleistungspflicht frei (§ 323 Abs. 1 und 3). Oder der Konkursverwalter verabfolgt einem auflösend bedingten Gläubiger die auf ihn entfallende Konkursdividende und nach einiger Zeit tritt die die Gläubigereigenschaft beseitigende Resolutivbedingung ein. Auch der nach erklärter Anfechtung entstehende Anspruch auf Herausgabe dessen, was auf Grund des anfechtbaren Rechtsgeschäftes geleistet worden ist, gehört hierher.

d) In Anlehnung an die römische *condictio ob turpem sive iniustam causam*, aber in nicht ganz durchsichtigem Verhältnis zu der allgemeinen Vorschrift des § 138 behandelt das Gesetz in § 817 den Bereicherungsanspruch „wegen verwerflichen Empfangs“. Dieser Anspruch soll statthaben, „wenn der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat“. Es hat sich etwa jemand eine Geldsumme dafür bezahlen lassen, daß er von dem Vorhaben eines Verbrechens Abstand nimmt. Der Herausgabeanspruch entfällt, wenn sich der Leistende durch die Zuwendung ebenfalls gegen Gesetz oder gute Sitten vergeht: es besticht jemand einen anderen zur Begehung eines Verbrechens. Nur wenn die Zuwendung nicht in einer Verfügung, sondern in der Eingehung einer (abstrakten) Schuldverpflichtung, beispielsweise in der Ausstellung eines Wechsels besteht, kann die Verbindlichkeit, solange sie nicht erfüllt ist, trotz eigener *turpitude* des Zuwendenden, sei es klage-, sei es einredeweise rückgängig gemacht werden.

e) In Abweichung von dem Grundsatz des römischen Rechtes: „*nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet*“, kennt das Sachenrecht des BGB. in weitem Umfang Rechtsübertragungen durch Nichtberechtigte, indem es unter Um-

ständen die mangelnde Verfügungsmacht des Veräußerers ersetzt durch den guten Glauben des Erwerbers. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier der gutgläubige Erwerber, wie schon einmal angedeutet, eine Bereicherung erfährt auf Kosten des bisherigen Eigentümers. Und wenn es für den gutgläubigen Erwerb an jeder causa fehlt, indem etwa der vom Verfügenden mit dem gutgläubigen Erwerber abgeschlossene Kaufvertrag sich als unwirksam erweist, so steht dem bisherigen Eigentümer gegen den gutgläubigen Erwerber sicherlich infolge Eingreifens des allgemeinen Tatbestandes des § 812 Abs. 1 Satz 1 der Bereicherungsanspruch zu. Das Gesetzbuch gibt aber dem bisherigen Eigentümer in § 816 Abs. 1 Satz 2 die Kondiktio gegen den gutgläubigen Erwerber auch dann, wenn dieser die Sache von dem nichtberechtigten Veräußerer auf Grund eines wirksamen lukrativen Geschäfts erlangt, insbesondere also geschenkt bekommen hat. Und damit wird der Kreis der Kondiktionsfälle gegenüber der Generalklausel des § 812 Abs. 1 Satz 1 bedeutsam erweitert: denn es wird hier ein Anspruch auf Herausgabe einer Bereicherung gewährt, die nicht sine, sondern cum causa eingetreten ist. Im Hinblick auf die Unentgeltlichkeit des Erwerbs stehen dem Gesetzgeber die Interessen des bisherigen Eigentümers höher als die des gutgläubigen Erwerbers. Eine erhebliche Erweiterung der Kondiktionsfälle, wenschon in anderer Art, sieht aber das Gesetzbuch auch da vor, wo der gutgläubige Erwerb sich auf Grund einer wirksamen causa onerosa vollzieht: es wird hier zwar im Interesse der Verkehrssicherheit der Gutgläubige in seinem Erwerb geschützt, aber der enteignete Eigentümer bekommt nach § 816 Abs. 1 Satz 1 als Entschädigung einen Bereicherungsanspruch gegen den unberechtigten Veräußerer auf Herausgabe des durch die Verfügung erlangten Entgelts. Darin liegt eine doppelte Ausnahme von den im § 812 Abs. 1 Satz 1 im allgemeinen der Kondiktio gezogenen Schranken: denn es wird hier wiederum eine Bereicherungsklage gegenüber dem nicht sine, sondern cum causa gemachten Erwerb zugelassen, und es wird überdies etwas kondiziert, das nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf Kosten des Bereicherungsgläubigers in das Vermögen des Bereicherungsschuldners gelangt ist. Praktisch gestalten sich, an einem einfachen Beispiel illustriert, die Dinge also so: hat ein Eigentümer sein Buch verliehen und unterschlägt es der Entleiher, indem er es an einen Dritten, der gutgläubig ist und infolgedessen Eigentum erwirbt, verkauft, so kann der frühere Eigentümer zwar nicht vom Dritten das Buch, aber vom Entleiher den Kaufpreis verlangen; wird hingegen die Unterschlagung dadurch begangen, daß der Entleiher das Buch dem Dritten schenkt, so kann der frühere Eigentümer von letzterem die Rückübertragung des Eigentums fordern¹⁾.

Ähnlichen rechtspolitischen Erwägungen, wie die eben besprochene Kondiktio wegen unberechtigter Verfügung, entspringt die in § 816 Abs. 2 geregelte Bereicherungsklage. Sie setzt voraus, daß „an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt wird, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist“. Dann ist „der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet“. Der

¹⁾ § 816 Abs. 1 Satz 1 gewährt dem bisherigen Eigentümer schlechthin einen Anspruch auf Herausgabe „des durch die Verfügung Erlangten“. Mit Recht weist LOCHER, a. a. O. S. 280 darauf hin, daß kraft Bereicherungsrechtes kein Anlaß vorliege, dem betroffenen Eigentümer den vollen vom Nichtberechtigten für die wirksam veräußerte Sache erzielten Kaufpreis zuzusprechen, sondern daß es genüge, wenn er den dem Werte der Sache entsprechenden Teil des Kaufpreises erhalte. De lege lata steht aber diesem Ergebnis der Wortlaut des Gesetzes im Wege. — Im übrigen sei noch erwähnt, daß § 816 zwar in erster Linie die Fälle des gutgläubigen Erwerbes im Auge hat, seinem Wortlaut nach aber nicht ausschließlich auf sie zugeschnitten ist. Denn er redet schlechthin davon, daß ein „Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist“. Darum kann, wie in Lehre und Rechtsprechung anerkannt wird, der Eigentümer auch den von einem bösgläubigen Erwerber an den unberechtigt Verfügenden gezahlten Kaufpreis nach Maßgabe des § 816 herausverlangen, wenn er die anfänglich unwirksame Verfügung durch seine nachträgliche Genehmigung zu einer von Anfang an wirksamen macht.

wichtigste hierher gehörige Fall ist die vom debitor cessus nach § 407 mit befreiendem Effekt an den Zedenten erfolgte Zahlung.

3. Der Inhalt der Bereicherungsklage wird durch ihren Namen bestimmt.

a) Unter dem Titel der Bereicherung hat der Verpflichtete zunächst den grundlos erlangten Gegenstand selbst herauszugeben: also das erhaltene Eigentum oder die ihm zedierte Forderung zurückzuübertragen, das empfangene Schuldversprechen oder das an der Sache des anderen Teiles erworbene dingliche Recht aufzuheben, den zu seinen Gunsten vereinbarten Erlaß durch Wiederherstellung des Forderungsrechtes zu beseitigen usw.¹⁾ Die Herausgabepflicht umfaßt aber auch „die gezogenen Nutzungen sowie dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt“ (§ 818 Abs. 1): der Kondiktio unterliegen also beispielsweise neben der Muttersache deren Früchte; die Versicherungssumme für den gestohlenen oder verbrannten Gegenstand; die rei vindicatio, die dem Bereicherten gegen den Dritten zusteht, der in den Besitz der Sache gelangt ist.

b) Vermag der Verpflichtete den empfangenen Gegenstand nicht herauszugeben, so hat er dessen Wert zu ersetzen, soweit ein solcher in seinem Vermögen zurückgeblieben ist (§ 818 Abs. 2). Die Unmöglichkeit der Herausgabe kann ihren Grund einmal in dem Charakter der vom anderen Teile bewirkten Leistung haben, der eine Rückgewähr in natura ausschließt. Man denke daran, daß die Bereicherung in Diensten besteht, die sine causa erbracht worden sind. Die Unmöglichkeit kann aber auch daher rühren, daß der Empfänger den dem Bereicherungsanspruch unterliegenden Gegenstand kraft seiner Verfügungsmacht an dritte Personen veräußert hat. Solchenfalls kann der Kondiktionsgläubiger seinen Anspruch gegen den Dritten nur richten, wenn dieser den Erwerb vom Empfänger unentgeltlich gemacht hat und infolgedessen auf seiten des letzteren die Herausgabepflicht entfallen ist (§ 822²⁾). In allen anderen Fällen bleibt allein der Veräußernde verpflichtet, und zwar verpflichtet auf den Wert des veräußerten Gegenstands, nicht etwa auf die volle für ihn erzielte Gegenleistung³⁾.

¹⁾ Streit herrscht darüber, wie zu verfahren sei, wenn auf Grund eines nichtigen Vertrages beide Teile die ihnen obliegenden Leistungen bewirkt haben. Muß hier jeder Teil die empfangene Leistung zurückgewähren (Zweikondiktionentheorie) oder kann jeder Teil verlangen, daß er von vornherein nur auf das belangt werde, was an Bereicherung übrigbleibe, wenn von dem Werte der empfangenen Leistung der Wert der bewirkten Leistung abgerechnet werde (Saldotheorie)? Die Kontroverse ist dem früher in der Lehre vom Verzugschaden (oben S. 77) besprochenen Streit der Surrogations- und Differenztheorie nicht unähnlich. Sie ist nur von geringer praktischen Bedeutung da, wo die beiderseitigen Bereicherungsansprüche kompensabel sind. Andernfalls ist die Zweikondiktionentheorie, namentlich unter Berücksichtigung der hier regelmäßig vorhandenen Zurückbehaltungsrechte, solange erträglich, als auf beiden Seiten die Möglichkeit der Rückgewähr der empfangenen Leistungen besteht. Sie führt hingegen zu unhaltbaren Ergebnissen, wenn infolge Wegfalls dieser Möglichkeit die Bereicherung auf der einen Seite geschwunden ist. Literatur und Rechtsprechung sind darum überwiegend der Saldotheorie günstiger als der Zweikondiktionentheorie gesinnt. Nachweise bei OERTMANN, Recht der Schuldverhältnisse II (5. Aufl.), § 818 unter 3a α (S. 1358) und bei STAUDINGER-KEIDEL, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, 9. Aufl., § 818 unter 5c (S. 1728f.).

²⁾ Der unentgeltliche Erwerb im Sinne des § 816 Abs. 1 Satz 2 läßt eine Kondiktio entstehen; der unentgeltliche Erwerb im Sinne des § 822 verändert für eine entstandene Kondiktio die Passivlegitimation. In beiden Fällen läßt das Gesetz eine Ausnahme von dem Grundsatz zu, daß mit dem Bereicherungsanspruch nur derjenige belangt werden kann, dem für seinen Rechts-erwerb keine gültige causa zur Seite steht. § 822 enthält aber darüber hinaus noch eine Ausnahme von dem früher erwähnten Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung.

³⁾ Bestritten! Aber es besteht kein Grund, dem Gläubiger kraft Bereicherungsrechtes mehr als den Wertersatz zuzuerkennen (vgl. dazu oben S. 151 Anm. 1). Daß das Gesetz hier auf dem gleichen Standpunkt steht, ergibt sich aus § 818 Abs. 1, wo die Surrogate, auf die der Kondiktionsgläubiger Anspruch hat, einzeln aufgezählt sind, die vom Schuldner erzielte Gegenleistung aber nicht mit erwähnt ist. Mit dem commodum ex negotiatione würde dem Bereicherungsgläubiger ein Recht auf das stellvertretende commodum im vollen Umfang des § 281 eingeräumt werden, der aber offenbar durch § 818 Abs. 1 ausgeschaltet sein soll.

c) Der Herausgabeanspruch entfällt, „soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist“ (§ 818 Abs. 3). Diese Konstellation kann beispielsweise dadurch eintreten, daß der geleistete Gegenstand ersatzlos untergegangen oder daß er vom Empfänger konsumiert oder unentgeltlich weggegeben worden ist, ohne daß deshalb Ausgaben, die letzterer sonst hätte machen müssen, erspart worden wären. In dieser Abhängigkeit von der noch vorhandenen Bereicherung liegt gerade das Problematische der Kondiktio gegenüber dem vollwertigeren Schadensersatzanspruch¹⁾.

d) Strenger als hier dargetan, haftet der Konditionsschuldner nach § 818 Abs. 4 vom Moment der Rechtshängigkeit und den ihm in den §§ 819, 820 gleichgestellten Zeitpunkten an. Es sollen nämlich alsdann für seine Haftung die „allgemeinen Vorschriften“ maßgebend sein, worin namentlich einbeschlossen liegt, daß der Verpflichtete für schuldhafte Unmöglichkeit der Rückgewähr Schadensersatz zu leisten und für fructus percepti und percipiendi aufzukommen hat (§§ 292, 987, 989).

e) Bereits angedeutet wurde, daß da, wo Gegenstand des Bereicherungsanspruches ein vom Rückforderungsberechtigten abgegebenes Schuldversprechen ist (man denke namentlich an das abstrakte Schuldanerkennnis), die Kondiktio sowohl in Form der Klage wie in Gestalt der Einrede geltend gemacht werden kann. Für den letzteren Fall bestimmt § 821, daß die Einrede auch dann erhalten bleibt, „wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist“.

§ 52. Außerkontraktlicher Schadensersatz.

Literatur: MAX RÜMELIN, Die Gründe der Schadenszurechnung (Freiburg 1896); DERSELBE, Schadensersatz ohne Verschulden (Tübingen 1910); JUNG, Delikt und Schadensverursachung (Heidelberg 1897); LINCKELMANN, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (Berlin 1898); v. LISZT, Die Deliktobligationen im System des BGB. (Berlin 1898); FROMHERZ, Haftpflichtrecht. Grundriß der außervertraglichen Haftpflicht (München 1913); KIECKEBUSCH, Artikel „Unerlaubte Handlungen“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (Bd. 6, 1929); H. A. FISCHER, Die Rechtswidrigkeit (München 1911); SCHULZ-SCHAEFFER, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung (Marburg 1915); RUMPF, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem BGB. (Oldenburg 1904); FEDER, in der zu § 27 zitierten Schrift; GUSTAV SCHWARTZ, Artikel „Beamtenhaftung“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 2, 1929); WEIGERT, Die außervertragliche Haftung von Großbetrieben für Angestellte. Eine rechtsvergleichende Untersuchung (Heft 2 der von TITZE und MARTIN WOLFF herausgegebenen rechtsvergleichenden Abhandlungen, Berlin 1925); DERSELBE, Artikel „Haftung für Angestellte“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 4, 1932); v. CAEMMERER, Artikel „Haftung für Aufsichtsbedürftige“ ebenda; DERSELBE, Artikel „Haftung für Gebäudeeinsturz“ ebenda; LITTEN, Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Recht des BGB. (Berlin 1904); RHEINSTEIN, Artikel „Haftung für Tiere“ im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch (Bd. 4, 1932); WILBURG, Artikel „Haftung für Wildschäden“ ebenda; RÜHLAND, Artikel „Haftung der Eisenbahnen“ ebenda; RHEINSTEIN, Artikel „Haftung für Kraftfahrzeuge“ ebenda; DÖRING, Artikel „Haftung für Luftfahrzeuge“ ebenda; LITTMANN, Artikel „Haftung für Tumultschäden“ ebenda. Vgl. auch die Vorbemerkung zu § 8 und § 29.

1. Das BGB. regelt die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht unter dem Titel der Verbindlichkeiten aus „unerlaubten Handlungen“. Diese Bezeichnung ist insofern unzutreffend, als die hier in Frage stehenden Schuldverhältnisse nicht notwendigerweise einem verbotenen Tun zu entspringen brauchen²⁾. Ihre Charakterisierung als Deliktobligationen entstammt der römischen Terminologie, die sich ihrerseits aus den pönalen Zwecken erklärt, die frühere Kulturen mittels der Schadenshaftung verfolgten. Vom Standpunkt einer differenzierteren Betrachtungsweise enthält die Frage, ob jemand einem anderen, zu dem er bis dahin in keinen schuldrechtlichen Beziehungen gestanden hat, einen Schaden ersetzen soll, keine strafrechtlichen Momente, sondern geht restlos in dem zwar schwierigen, aber nüchternen und jedenfalls rein privatrechtlichen Problem der Schadensverteilung auf. Darum ist außerkontraktliche Schadenshaftung auch mit rechtmäßigem und mit schuldlosem Handeln vereinbar und für beides werden wir Beispiele aus dem geltenden

¹⁾ Vgl. oben S. 26 unter 1c.

²⁾ Vgl. hierzu schon oben S. 27 unter 2c.

Rechte kennenlernen. Etwas anderes ist es, ob die außerkontraktliche Ersatzpflicht, wenschon für ihre Entstehung Rechtswidrigkeit und Verschulden keine durch ihr Wesen bedingten begrifflichen Notwendigkeiten sind, nicht aus praktischen Gründen an diese beiden Faktoren in der Regel angelehnt werden soll. Und diese Frage wird jedes positive Recht, das sich um eine vernünftige Abgrenzung der außerkontraktlichen Schadenshaftung bemüht, bejahen müssen, freilich nur dann mit Fug bejahen dürfen, wenn es gewillt ist, für die Bedürfnisfälle die erforderlichen Ausnahmen zu statuieren.

Das römische Recht zählte in kasuistischer Weise die einzelnen zur Schadenshaftung führenden Delikte auf. Umgekehrt haben das preußische und das französische Recht einen allgemeinen haftungsbegründenden Tatbestand formuliert und ihn so weit gefaßt, daß er möglichst jede schuldhaft Schadenzufügung einschließt¹⁾. Das BGB. hält zwischen diesen Extremen die Mitte. Es stellt ebenfalls allgemeine, die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht erzeugende Tatbestände auf, begrenzt sie aber erheblich enger, als es die eben genannten Rechte getan haben. Soweit dadurch nicht allen Bedürfnissen Rechnung getragen ist, hat das Gesetz durch Normierung einzelner spezieller Haftungsfälle abzuhelpen versucht. Wir haben uns zunächst mit den allgemeinen Tatbeständen zu beschäftigen und werden alsdann die Sonderfälle ins Auge fassen.

2. Allgemeine Tatbestände kennt das Gesetzbuch drei, von denen jeder, wenn er erfüllt ist, für die Entstehung der Schadensersatzpflicht ausreicht.

a) Der eine in § 823 Abs. 1 geregelte Tatbestand setzt sich aus drei Erfordernissen zusammen.

Es muß einmal eines der dort aufgezählten Rechtsgüter, nämlich „Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen“ verletzt sein. Es löst also nicht jedwede Schädigung, auch nicht jedwede Vermögensschädigung, sondern nur die in bestimmten Objekten erlittene Schädigung den Ersatzanspruch aus. Insbesondere darf unter dem „sonstigen Rechte“ nur ein dem Eigentum ähnliches, gleich diesem mit absolutem Charakter begabtes Recht, also beispielsweise nicht das bloße Forderungsrecht verstanden werden.

Die Verletzung der genannten Rechtsgüter muß ferner widerrechtlich sein. Das ist sie immer, wenn ihr kein besonderer Rechtstitel zur Seite steht. Rechtmäßigkeit der Verletzung — wie sie sich aus Einwilligung des Verletzten, aus Notwehr, aus sonstigem Rechte zur Selbsthilfe oder aus öffentlich-rechtlichen Befugnissen ergeben kann — schließt demnach grundsätzlich die Schadenshaftung aus. Doch werden, wie angedeutet, ausnahmsweise auch mit rechtmäßigen Handlungen, z. B. mit der Sachbeschädigung im verschuldeten defensiven Notstand (§ 228 Satz 2) und mit der Sachbeschädigung im aggressiven Notstand (§ 904) Ersatzpflichten ver-

¹⁾ Das Preußische Allgemeine Landrecht sagt in Teil I Titel 6 § 8: „Wer Jemandem ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt oder beleidigt denselben“ und fährt in §§ 10, 12 daselbst fort: „Wer einen anderen aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugtuung leisten“; „wer nur aus mäßigem Versehen den anderen durch eine Handlung oder Unterlassung beleidigt, der haftet nur für den daraus entstandenen wirklichen Schaden.“ In den Artikeln 1382, 1383 des französischen code civil heißt es: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.“ „Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.“ Vgl. dazu aus neuerer Zeit § 709 des Japanischen BGB.: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht eines anderen verletzt, ist zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“, und den noch weitergehenden § 403 des sowjetrussischen BGB.: „Wer der Persönlichkeit oder dem Vermögen eines anderen Schaden zugefügt hat, ist verpflichtet, den zugefügten Schaden zu ersetzen. Er ist von dieser Verpflichtung befreit, wenn er beweist, daß er den Schaden nicht abwenden konnte, oder daß er zur Zufügung des Schadens ermächtigt war, oder daß der Schaden zufolge Vorsatzes oder grober Fahrlässigkeit des Geschädigten selbst entstanden ist.“

bunden. Auch diese sind dann im Sinne unseres Titels „Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen“¹⁾).

Die widerrechtliche Rechtsgüterverletzung muß drittens schuldhaft, also vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt sein. Das ist sie dann, wenn der Handelnde weiß oder wissen müßte, daß er in eine fremde Rechtsgüterwelt unberechtigterweise verletzend eingreift. Nicht notwendig ist, daß er den Schaden in dem Umfang, wie er sich entwickelt hat, voraussehen konnte. Beweispflichtig hinsichtlich des Verschuldens des Beklagten ist der Kläger; nur wenn der Beklagte sich auf die Schuld-ausschließungsgründe der §§ 827, 828 beruft, trifft ihn naturgemäß die Beweislast. Trotz vorhandener Schuldunfähigkeit entsteht die Haftung, wenn Schadensersatz von keinem zur Aufsicht über den Schuldunfähigen bestellten Dritten erlangt werden kann, die Billigkeit aber „nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten“, eine Schadloshaltung erfordert und dem *doli incapax* „nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf“ (§ 829)²⁾. Doch setzt diese Bestimmung nicht schlechthin eine Verursachungshaftung an die Stelle der normalen Verschuldenshaftung. Denn nach ihrer ratio ist der Schuldunfähige nur dann ersatzpflichtig, wenn sein Verhalten im Falle der Schuldfähigkeit als schuldhaftes aufzufassen wäre. Hingegen ist ein wirklicher Fall von Verursachungshaftung in der Ausnahmevorschrift des § 231 enthalten, wonach derjenige, der zur Selbsthilfe in der irrigen Annahme schreitet, daß die für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, dem anderen Teile Ersatz zu leisten hat, „auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht“.

b) Der zweite Haftungstatbestand allgemeiner Natur findet sich in § 823 Abs. 2 Satz 1. Ihm zufolge ist derjenige ersatzpflichtig, der „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“. Diese Regelung beruht auf dem Gedanken, daß es zahlreiche Schädensfälle gibt, wo entweder keines der in § 823 Abs. 1 aufgezählten Rechtsgüter verletzt worden oder ihre Verletzung nicht voraussehbar gewesen ist, wo aber eine Verpflichtung, den angerichteten Schaden zu ersetzen, dennoch angezeigt erscheint, weil die Schadenszufügung erfolgt ist in Übertretung einer auf ihre Verhütung abzielenden Rechtsvorschrift. Gewisse Schwierigkeiten bereitet dabei die richtige Abgrenzung des vom BGB. geprägten Begriffs des „Schutzgesetzes“. Man wird ihn nicht so eng fassen dürfen, daß man darunter nur Normen zum Schutze bestimmter Personenklassen, wie etwa der Arbeiter versteht. Aber auch nicht so weit, daß man darunter Rechtssätze begreift, die zunächst nur staatliche Institutionen schützen wollen und den Interessen des einzelnen höchstens in ihrer mittelbaren Auswirkung dienen, wie z. B. das Verbot der Gefangenenbefreiung oder des Meineids. Sondern zu den Gesetzen, die § 823 Abs. 2 im Auge hat, zählen alle, aber auch nur diejenigen Rechtsvorschriften, die unmittelbar zum Schutze des Publikums erlassen sind. Es handelt sich dabei neben privatrechtlichen Bestimmungen vor allem um straf- und verwaltungsrechtliche Verbote, für die Beispiele anzuführen überflüssig ist. Das die Schadenshaftung begründende Verschulden bezieht sich hier nicht, wie vorhin, auf den Eingriff in die fremde Rechtsgüterwelt, sondern auf die Übertretung des Schutzgesetzes, so daß, wenn diese schuldhaft erfolgt ist, die Haftung ausgelöst wird, ohne daß es noch auf die Voraussehbarkeit

¹⁾ Es finden darum beispielsweise die später zu erwähnenden § 851 (Schutz des guten Glaubens) und § 852 (Verjährung des Deliktsanspruchs) auch auf sie Anwendung. Die Polemik von LOCHER, a. a. O. S. 281 beruht wohl auf einem Mißverständnis. Ganz im Sinne des Textes hat das Reichsgericht auch die Schadensersatzansprüche der §§ 717 Abs. 1, 945 ZPO. für Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen erklärt: Entscheidungen Bd. 106 S. 291.

²⁾ Der darin liegende und hier nur auf ein enges Gebiet beschränkte Gedanke der billigen Schadensverteilung ist gesetzgeberisch eines weiteren Ausbaues fähig und hat solchen Ausbau auch beispielsweise in den §§ 1149, 1721, 1737, 1741 des Entwurfes eines Ungarischen Zivilgesetzbuchs gefunden. Vgl. schon oben S. 72 Anm. 2.

einer Schadensentstehung ankommt. Und zwar macht da, wo das Schutzgesetz nur vorsätzliches Handeln verbietet, auch nur die vorsätzliche Übertretung ersatzpflichtig, während fahrlässige Nichtbeachtung da genügt, wo jedes schuldhaftes Zuwiderhandeln reprobirt wird. „Ist aber nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich“ — was bei vielen Polizeiverordnungen zutrifft —, „so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein“ (§ 823 Abs. 2 Satz 2).

c) Den dritten allgemeinen Tatbestand stellt § 826 dar. Ohne Rücksicht auf die Art des verletzten Rechtsgutes und einerlei, ob ein bestimmtes Schutzgesetz übertreten ist, wird hiernach ersatzpflichtig, „wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt“. Diese moderne actio doli macht also bewußtermaßen die Entstehung der Schadenshaftung abhängig von Werturteilen, die der Moral- und Sittenordnung angehören. Man hat dem BGB. vorgeworfen, daß es dadurch einen schwankenden und schwer greifbaren Tatbestand, eine „Kautschukbestimmung“ geschaffen habe. Und in der Tat ist § 826 keine einfach zu handhabende Rechtsvorschrift und er läßt an Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten selbst dann noch genug übrig, wenn man zwischen der Lebensanschauung des übervornehm denkenden Menschen und den auf mangelhaftem Moralempfinden beruhenden Unsitten einzelner Kreise die richtige Mitte innezuhalten weiß. Auch ist seine Beziehung zu anderen Teilen der Rechtsordnung, wie z. B. zum Schikaneverbot des § 226 oder zur Rechtskraft des Urteils bei dolos erstrittenem Erkenntnis, vielfach ungeklärt. Aber ohne einen dehnbaren Tatbestand läßt sich die Gemeinheit in ihrer Vielgestaltigkeit nicht treffen und ist in der Lehre von der Schadenshaftung ein auch nur annähernd restloses Erfassen aller Bedürfnisfälle nicht möglich. Dem deutschen Richter darf man das Zeugnis ausstellen, daß er mit dem ihm in die Hand gegebenen, nicht ungefährlichen Instrument in der Hauptsache Gutes gewirkt hat. Soweit die Abgrenzung der berechtigten und der unberechtigten Interessenwahrnehmung im neuzeitlichen Wirtschaftskampf keine positivrechtliche Regelung gefunden hat, ist sie größtenteils mit Hilfe des § 826 vorgenommen worden: in verständnisvollen und gerechten Abwägungen hat das Reichsgericht gegenüber Streik, Boykott und Aussperrung zwischen den nach Mittel und Zweck billigenwerten und darum ersatzfreien und den nach Mittel oder Zweck zu mißbilligenden und darum ersatzpflichtigen Kampfmaßnahmen zu unterscheiden gewußt¹⁾.

3. Was die speziellen Haftungsfälle angeht, die das Gesetzbuch in Ergänzung der allgemeinen Tatbestände geregelt hat, so handelt es sich einmal

a) um die Kreditgefährdung des § 824. Ohne diese Bestimmung würde die Gefährdung fremden Kredits eine Ersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 nur insoweit begründen, als sie mittels einer verbotenen, insbesondere den §§ 185ff. StGB. zuwiderlaufenden Handlungsweise erfolgte. So hingegen entsteht die Schadenshaftung überall, wo jemand „der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen“, und deren Unwahrheit er entweder gekannt hat oder kennen mußte. Nur die Verbreitung von unwahren Tatsachen, nicht auch die von unzutreffenden absprechenden Urteilen fällt unter § 824. Und selbst die Mitteilung unwahrer Tatsachen wird, sofern sie nicht vorsätzlich geschieht, haftfrei gelassen, wenn der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung „an ihr ein berechtigtes Interesse hat“, wie das z. B. für die sogenannten Auskunfteien und ihre Kunden zutrifft.

¹⁾ Judikaturnachweise im Kommentar der Reichsgerichtsräte II, § 826 unter 2 und in der Handausgabe des BGB. von FISCHER-HENLE-TITZE, 14. Aufl., § 826 unter 1 II e, f und g. — Ein Unterfall der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung ist der sogenannte unlautere Wettbewerb. Seiner Bekämpfung dient das im Handelsrecht darzustellende Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909.

b) Die Schadenshaftung, die die Verletzung der weiblichen Geschlechts-
ehre nach § 823 Abs. 2 in Verbindung mit den entsprechenden Schutzvorschriften
der §§ 176ff. StrGB. erzeugt, erfährt eine bedeutsame Erweiterung durch § 825,
wonach derjenige ersatzpflichtig ist, „der eine Frauensperson durch Hinterlist,
durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Ge-
stattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt“. Gedacht ist hierbei weniger
an gesundheitliche Schädigungen (etwa durch Ansteckung mit Geschlechtskrank-
heiten), für die in der Regel schon § 823 Abs. 1 den erforderlichen Ausgleich ge-
währt, als an Schäden zufolge Eintritts der Schwangerschaft oder Entgehens einer
sonst bestehenden Heiratsaussicht. Mit dem Anspruch aus § 825 konkurrieren der
später zu erwähnende Bußanspruch aus § 847 Abs. 2 und eventuell der in § 1715
gewährte familienrechtliche Anspruch auf Erstattung der Entbindungskosten.

c) Erfüllt ein Beamter bei Vornahme von Amtshandlungen den Tatbestand
des § 823 Abs. 1 oder 2, so erfährt die dort vorgesehene Schadenshaftung keine
Änderung durch die Beamteneigenschaft desjenigen, der den Schaden anrichtet.
Wohl aber erzeugt letztere möglicherweise Ersatzpflichten, die sich aus § 823 nicht
ergeben würden. Denn nach § 839 Abs. 1 Satz 1 hat ein Beamter, der „vorsätzlich
oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt“,
dem Dritten für den daraus erwachsenen Schaden aufzukommen. Die im Interesse
des Publikums erlassene Dienstvorschrift versieht hier gewissermaßen die Funk-
tionen eines Schutzgesetzes. Dadurch lebt freilich der Beamte nach strengem
Rechte als der Nichtbeamte. Die Rechtfertigung dafür liegt einmal in dem mit der
Beamtenstellung überhaupt verbundenen erhöhten Pflichtenmaß, dem als Äquiva-
lent die Beamtenprivilegien gegenüberstehen; sie liegt aber vor allem in der Schutz-
bedürftigkeit des Publikums, das sich den Beamten, mit dem es zu tun hat, nicht
auswählen kann. Doch hat das Gesetz die spezifische, nur aus der Verletzung der
Amtspflicht sich ergebende Schadenshaftung dadurch für den Beamten gemildert,
daß es sie in mehrfacher Hinsicht subsidiär gestaltet hat. Sie ist einmal insofern
subsidiär, als das Landesrecht sie nach Maßgabe des Artikels 77 E.G. ausschließen kann,
soweit (wovon noch zu reden sein wird) für den Beamten der Staat oder der Kom-
munalverband haftet. Und sie ist weiter subsidiär, indem sie nicht eintritt, „wenn der
Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch
eines Rechtsmittels abzuwenden“, und als sie gegenüber der fahrlässigen Amts-
pflichtverletzung entfällt, wenn der Verletzte „auf andere Weise Ersatz zu er-
langen vermag“ (§ 839 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3). Dem Schutze der richterlichen
Unabhängigkeit bzw. Unbefangenheit dient die Bestimmung, daß beim Urteil in
einer Rechtssache begangene Amtspflichtverletzungen grundsätzlich nur im Falle
strafrechtlicher Verfolgbarkeit eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit begründen
(§ 839 Abs. 2 Satz 1 in Vbd. mit §§ 334, 336, StrGB.; beachte auch § 839 Abs. 2
Satz 2).

d) Hat in den bisherigen Fällen der Gesetzgeber das Verschuldensprinzip
nirgends verlassen, so erleidet letzteres, wenigstens in seiner technischen Ausgestal-
tung, eine Einschränkung bei der in den §§ 836—838 geregelten Haftung für Ge-
bäudeeinsturz. Zwar verpflichtet nicht der Gebäudeeinsturz als solcher, sondern
nur der schuldhaft herbeigeführte zum Schadensersatz. Aber der Kläger braucht
hier nicht das Verschulden des Ersatzpflichtigen, sondern dieser muß seine Schuld-
losigkeit beweisen. Im übrigen sei, ohne daß auf die Einzelheiten des Tatbestands
eingegangen werden kann, nur hervorgehoben, daß die Schadenshaftung die Tötung
oder Verletzung eines Menschen oder die Beschädigung einer Sache „durch den Ein-
sturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen
Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes“ und als
Ursache dieser Ereignisse eine (objektiv) „fehlerhafte Errichtung oder mangelhafte
Unterhaltung“ fordert. Haftpflichtig ist, wenn er nicht den erwähnten Nachweis

führt, daß er die zum Zwecke der Gefahrabwendung erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, der gegenwärtige Eigenbesitzer des Grundstücks; statt seiner trifft die Haftung möglicherweise den früheren Eigenbesitzer oder denjenigen, der, wie der Erbbauberechtigte oder der Pächter, das Bauwerk auf fremdem Grundstück in Ausübung eines Rechtes besitzt; und neben diesen Personen kann schließlich auch herangezogen werden, „wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstück verbundenen Werkes für den Besitzer übernimmt oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechtes zu unterhalten hat“.

e) Einen völligen Bruch mit dem Verschuldensprinzip hat das Gesetzbuch anfänglich bei der Normierung der Tierhalterhaftung vollzogen. Denn § 833 lautete in seiner ursprünglichen Fassung kurzweg: „Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, der das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen“. Diese Regelung, nach der die Verantwortlichkeit für den Schaden durch dessen bloße Verursachung ausgelöst wird, beruhte auf der rechtspolitischen Erwägung, daß mit dem Halten von Tieren gewisse Gefahren für die Umwelt verbunden seien und diese Gefahren zu Lasten desjenigen gehen müssen, der sie geschaffen hat (Gefährdungshaftung). Die restlose Durchführung dieses Gedankens, dessen Vater der Wunsch nach Schutz des Armen gegen den reichen Tierbesitzer war, erwies sich aber sehr bald als untunlich, da die strenge Haftung besonders schwer auf dem kleinen Manne lastete, der sich Tiere nicht zum Luxus, sondern zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse hält. Darum fügte eine Novelle vom 30. 5. 1908 dem § 833 einen Satz 2 hinzu, nach dem „die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde“. Es soll also Verschuldenshaftung, modifiziert durch Umkehrung der Beweislast, gelten, wenn die doppelte Voraussetzung erfüllt ist, daß es sich um ein Haustier handelt und daß dieses Haustier einem der genannten wirtschaftlichen Zwecke dient. Im übrigen wird in § 834 neben dem Tierhalter auch derjenige für haftpflichtig erklärt, der „die Führung der Aufsicht über das Tier durch Vertrag übernimmt“, wobei aber diesem Ersatzpflichtigen der Exkulpationsbeweis stets, also ohne Rücksicht auf die Art des Tieres und die Gründe, warum es gehalten wird, offen gelassen ist. Die nicht ganz einfache Regelung, die hiernach die Haftung für Tiere im geltenden Rechte erfahren hat, wird in ihrer praktischen Handhabung noch dadurch erschwert, daß die Begriffe, mit denen dabei operiert werden muß, wie der des „Tierhalters“, des „durch“ ein Tier angerichteten Schadens, ja selbst der des Tieres keineswegs eindeutig sind.

Nichts zu tun mit dem Problem der Tierhalterhaftung hat die Frage nach dem Wildschadensersatz. Hier soll derjenige, der sich mangels Jagdrechts gegen Grundstücksbeschädigungen durch Wild nicht auf dem einfachen Wege des Abschusses selbst schützen kann, den Jagdberechtigten belangen dürfen, der den Schaden durch Ausübung seines Jagdrechts hätte verhindern können. Nach diesem Gesichtspunkt hat das Gesetz die Materie in § 835 des näheren geregelt unter weitgehenden, den Art. 70 und 71 des EG. zu entnehmenden Vorbehalten für das Landesrecht.

f) Bedeutsame Anwendungsfälle von Gefährdungshaftung finden sich noch außerhalb des BGB. in Reichsspezialgesetzen. Sie betreffen Erfindungen der Technik, die für die Menschheit ebenso segnen- wie gefahrbringend sind und deren doppelartigem Wesen der Gesetzgeber dadurch gerecht zu werden versucht, daß er sie sich trotz ihrer Gefährlichkeit frei entfalten, aber die Kosten der von ihnen verursachten Schäden möglichst nicht das Publikum tragen läßt. Schon ein preußisches Gesetz vom 3. 11. 1838 verpflichtete Eisenbahngesellschaften zum Ersatz allen Schadens,

„welcher bei der Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen und Gütern oder auch an anderen Personen und deren Sachen entsteht“, falls die Gesellschaften nicht nachweisen, „daß der Schaden entweder durch die eigene Schuld des Beschädigten oder durch einen unabwendbaren äußeren Zufall bewirkt worden ist“ — wobei ausdrücklich hinzugefügt wurde, daß „die gefährliche Natur der Unternehmung selbst als ein solcher von dem Schadensersatz befreiender Zufall nicht zu betrachten“ sei. Das noch jetzt (vgl. Art. 42 EG.) geltende, sogenannte Reichshaftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871 hat (unter Ersetzung des „unabwendbaren äußeren Zufalls“ durch den Begriff der „höheren Gewalt“) diese strenge Eisenbahnhaftung, soweit es sich um Tötung oder Verletzung von Menschen handelt, zum Reichsrecht erhoben und Art. 105 des EG. gestattet dem Landesrecht, die Haftung für Eisenbahnen oder andere gemeingefährliche Betriebe noch weiter auszudehnen¹⁾. Unter den letzteren haben dem Gesetzgeber ähnliche Probleme, wie sie einst durch die Eisenbahnen aufgeworfen wurden, in neuerer Zeit das Kraftfahrzeugwesen und das Luftfahrzeugwesen gestellt, wovon dieses seine reichsrechtliche Sonderregelung in den §§ 19ff. des Reichsluftverkehrsgesetzes vom 1. 8. 1922, jenes sie in § 7 des Reichsgesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. 5. 1909 gefunden hat²⁾. Der Grundgedanke der Regelung ist auch hier die Gefährdungshaftung. Ihre technische Ausgestaltung ist nicht ganz die gleiche wie im Reichshaftpflichtgesetz, wenschon die wichtigste der anfänglichen Abweichungen, nämlich die ziffernmäßige Begrenzung der Schadenshaftung, nachträglich auch in das Reichshaftpflichtgesetz Eingang gefunden hat³⁾.

4. Wir haben bereits Fälle kennengelernt, wo das Gesetz für einen eingetretenen Schaden mehrere Personen nebeneinander haftbar sein läßt: so beim Gebäudeeinsturz, wenn sowohl der Eigenbesitzer des Grundstücks wie der Hausverwalter es an der zur „Abwendung der Gefahr“ erforderlichen Sorgfalt haben fehlen lassen; oder bei dem durch ein Tier verursachten Schaden, wenn die Voraussetzungen der Haftung sowohl auf seiten des Tierhalters wie auf seiten desjenigen, der das Tier in Verwahrung genommen hat, gegeben sind. Die mehreren Personen haften alsdann dem Geschädigten als Gesamtschuldner, auch wenn nach dem Verhältnis der Ersatzpflichtigen zueinander der Schaden von einem allein zu tragen ist. Fehlt es bei der Haftung für Gebäude oder Tiere an internen Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Ersatzpflichtigen, wie z. B. wenn der Tierhalter aus § 833 und ein anderer, der hinter dem Rücken des Tierhalters das Tier auf den Geschädigten gehetzt hat, aus § 823 verantwortlich ist, so bürdet das Gesetz den gegenüber dem Geschädigten solidarisch zu vertretenden Schaden im Innenverhältnis demjenigen auf, der den Schaden nicht auf Grund der Sonderbestimmungen, sondern auf Grund der allgemeinen Haftungstatbestände zu ersetzen hat (§ 840 Abs. 1 und 3; beachte auch § 841).

Gesamtschuldnerische Haftung greift ferner nach §§ 830, 840 Abs. 1 überall ein, wo „mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht haben“, wobei es einerlei ist, ob die gemeinschaftliche Handlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen ist und ob die Teilnehmer im strafrechtlichen Sinne als Mittäter, Gehilfen oder Anstifter zu charakterisieren sind.

¹⁾ Soweit sich das Reichshaftpflichtgesetz selbst mit noch anderen Betrieben als dem Eisenbahnbetrieb beschäftigt, statuiert es keine Gefährdungshaftung, sondern eine Haftung für fremdes Verschulden, die durch die spätere Gesetzgebung im wesentlichen überholt worden ist. Über den Begriff der höheren Gewalt vgl. oben S. 74.

²⁾ Beide Gesetze haben eine Abänderung durch die auf Grund des sogenannten Ermächtigungsgesetzes ergangenen Verordnungen vom 5. und 6. Februar 1924 (RGBl. I S. 42f.) erfahren. Das Kraftfahrzeuggesetz ist überdies abgeändert worden durch das Reichsgesetz vom 21. 7. 1923 (RGBl. I S. 743).

³⁾ Vgl. die Ergänzung des Reichshaftpflichtgesetzes durch das Reichsgesetz vom 8. 7. 1923 und die Verordnung vom 24. 10. 1923 (RGBl. I S. 615 und 693).

Ja, nach der Vorschrift des § 830 Abs. 1 Satz 2, die der Interpretation allerdings gewisse Schwierigkeiten bereitet, gilt Solidarhaftung sogar dann, wenn nur einer als Schadensstifter in Betracht kommt, „es sich aber nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat“: bei einer Prügelei hat einer mit dem Messer gestochen, aber es ist nicht festzustellen, wer der eine gewesen ist. Danach wird man sich für Gesamtschuld erst recht in dem vom Gesetz nicht geregelten Falle zu entscheiden haben, daß ein Schaden von mehreren (ermittelten) Personen, aber nicht durch gemeinschaftliches, sondern durch isoliertes, ersatzpflichtiges Vorgehen herbeigeführt worden ist: zwei Fabriken vergiften einen Bach und die aus ihm trinkenden bzw. in ihm lebenden Tiere dadurch, daß sie, ohne voneinander zu wissen, giftige Abwässer in den Bach leiten. Hingegen liegt für Gesamtschuld da kein Anlaß vor, wo ein Schaden von einem angerichtet worden ist, wo aber der Täterschaft mehrere verdächtig sind, deren keinem sie indessen nachgewiesen werden kann, während andererseits feststeht, daß es zwischen den mehreren Verdächtigen an jeder Handlungsgemeinschaft fehlt, so daß sie als „Beteiligte“ im Sinne von § 830 Abs. 1 Satz 2 nicht angesprochen werden können: als Urheber eines kreditgefährdenden anonymen Briefes kommen fünf, untereinander nicht bekannte Personen in Frage, ohne daß ermittelbar ist, wem von ihnen die schädigende Handlung zur Last fällt.

5. Das Problem der Schadensverteilung ist von der Rechtsordnung so lange unvollkommen gelöst, als der einzelne ausschließlich für eigenes Tun verantwortlich gemacht wird. Denn das Verkehrsbedürfnis verlangt unter Umständen auch eine Haftung für Handlungen, die nachweislich ein anderer als der Ersatzpflichtige begangen hat.

a) Dieses Bedürfnis besteht einmal da, wo jemand einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat und letzterer in Ausführung (nicht bloß bei Gelegenheit) der Verrichtung einem Dritten Schaden zufügt. Für den Gesetzgeber taucht nur die Frage auf, ob er schon die Bestellung als solche für einen ausreichenden Haftungsgrund ansehen oder ob er dafür eine schuldhafte Bestellung verlangen soll. In dem früher besprochenen § 278, der es mit der Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgelhilfen innerhalb bestehender Schuldverhältnisse zu tun hatte, hat das Gesetzbuch den ersteren Standpunkt eingenommen. Und soweit es sich um die Verantwortlichkeit juristischer Personen für ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter handelt, bekennt es sich zu ihm laut §§ 31, 86, 89 auch in Ansehung der außerkontraktlichen Haftung. Im übrigen aber hat es für deren Regelung in § 831 Abs. 1 einen Mittelweg gewählt, indem es eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn für Handlungen des Bestellten zwar nur bei schuldhafter Bestellung anerkennt, aber nicht vom Geschädigten den Beweis der culpa in eligendo fordert, sondern dem verklagten Besteller den Exkulpationsbeweis aufbürdet, daß er „bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hatte, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde“. Es haftet also der Fuhrwerksbesitzer, wenn sein ungeschickter Kutscher den Wagen umwirft, dem Fahrgast nach § 278 unbedingt; dritten Personen hingegen, die dabei zu Schaden gekommen sind, mit dem Vorbehalt jenes Entlastungsbeweises. Dieser dem Beklagten in § 831 offen gelassene Sorgfaltsbeweis — dessen richtige Handhabung an den Takt des Richters hohe Anforderungen stellt — könnte den Geschädigten leicht um jeden Schadensersatz bringen, wenn es dem Geschäftsherrn gelänge, darzutun, sein Betrieb sei von solcher Größe, daß ihm die Verkehrsanschauung überhaupt nicht zumute, alle seine Leute selbst zu engagieren. Solchenfalls muß sich der Verletzte wenigstens an denjenigen halten können, dem für den Geschäftsherrn die Anstellung oblag. Und das Gesetzbuch läßt denn auch in § 831 Abs. 2 dieselben Haftungsgrundsätze, denen es den Geschäftsherrn

unterwirft, zu Lasten desjenigen eingreifen, der gegenüber ersterem die Anstellung des Personals bzw. die andern vorhin genannten Geschäfte „durch Vertrag übernimmt“.

b) Das Bedürfnis nach Haftung für fremde Handlungen macht sich im Rechtsverkehr ferner geltend bei Schadenszufügungen durch Personen, die wegen Minderjährigkeit oder schwerer Gebrechen unter gesetzlich angeordneter Aufsicht stehen. Das BGB. verfährt demgemäß hier ähnlich wie vorhin: der Aufsichtspflichtige ist für den von diesen Personen angerichteten Schaden verantwortlich, sofern er nicht nachweist, „daß er seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde“. Und die gleiche Haftung, wie den Aufsichtspflichtigen selbst trifft wiederum denjenigen, der, wie etwa der Inhaber einer Erziehungsanstalt, dem Aufsichtspflichtigen gegenüber „die Aufsicht durch Vertrag übernimmt“ (§ 832).

c) Die Haftung des Bestellers nach § 831 und des Aufsichtspflichtigen nach § 832 greift natürlich nicht bei jeder Schadenszufügung des „anderen“, sondern bloß da ein, wo dieser durch seine Handlung einen der uns bekannten, zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestände verwirklicht hat. Nur mit der einen Ausnahme, daß der andere, für den gehaftet wird, nicht schuldfähig zu sein braucht. Es genügt, wie das Gesetz sich ausdrückt, daß er dritte Personen „widerrechtlich“ geschädigt hat, oder richtiger gesagt: es reicht aus, daß seine widerrechtliche Handlung, die Schuldfähigkeit vorausgesetzt, schuldhaft sein würde. Gerade die Fälle des schuldunfähigen, weil geisteskranken oder noch sehr jugendlichen „anderen“ bilden ein wichtiges Anwendungsgebiet der Haftung für culpa in eligendo und culpa in custodiendo. Ist der „andere“ schuldfähig gewesen und hat er infolgedessen selbst, etwa aus § 823, für den von ihm angerichteten Schaden einzustehen, oder ist er trotz fehlender Schuldfähigkeit nach § 829 ersatzpflichtig, so haften er und der aus den §§ 831, 832 Verantwortliche nebeneinander als Gesamtschuldner, wobei im Innenverhältnis der Schaden regelmäßig vom „anderen“ und nur im Falle des § 829 vom Besteller bzw. Aufsichtspflichtigen zu tragen ist (§ 840 Abs. 2).

d) Eine Haftung für fremde Handlungen ist in gewissem Sinne auch die Haftung des Staates und der Kommunen für ihre Beamten. Sie bestimmt sich, soweit privatrechtliche Funktionen in Frage stehen (Bautätigkeit, industrielle Tätigkeit, Banktätigkeit von Staat und Gemeinden), nach den §§ 31, 89, 831 des BGB. bzw. (wie bei der Eisenbahn, dem Kraftwagen- und Luftfahrzeugbetrieb) nach den entsprechenden Reichsspezialgesetzen. Soweit hingegen Beamte einen Dritten schädigen in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt, trifft nach Art. 131 der Reichsverfassung „die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht“. Die nähere Regelung liegt für die Landesbeamten zufolge Art. 77 EG. der Landesgesetzgebung, für die Reichsbeamten dem Reichsrecht ob. Für Preußen ist in dieser Hinsicht maßgebend das Gesetz vom 1. 8. 1909; für die Reichsbeamten das Reichsgesetz vom 22. 5. 1910. Hiernach haften Reich, Staat, Gemeinden dem Publikum für vorsätzliche und fahrlässige (in engen Grenzen sogar für schuldlose) Amtspflichtverletzungen ihrer Beamten; dafür wird die in § 839 BGB. normierte Haftung des Beamten gegenüber dem Geschädigten ausgeschlossen. Eine reichsrechtliche Vorschrift über Haftung der einzelnen Länder für den von ihren Beamten in Wahrnehmung von staatlichen Hoheitsrechten schuldhaft angerichteten Schaden findet sich in § 12 GrBO. Ferner gehören hierher die Reichsgesetze über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen und der unschuldig in Untersuchungshaft geratenen Personen vom 20. 5. 1898 und 14. 7. 1904. Denn wenn hier auch nicht verschuldete, nicht einmal rechtswidrige Maßnahmen von Beamten vorzuliegen brauchen, so sind es doch, objektiv betrachtet, Beamtenmißgriffe, für die der Staat, der die Anstellung vollzogen hat, einzustehen gezwungen wird. Und endlich darf in diesem Zusammenhang auch des Reichstumultschadensgesetzes vom

12. 5. 1920 (in der Fassung der Verordnung vom 8. 1. 1924) gedacht werden, das Schadensersatzansprüche gegen den Staat gewährt „wegen der Schäden, die an beweglichem und unbeweglichem Eigentum im Zusammenhang mit inneren Unruhen durch offene Gewalt oder durch ihre Abwehr unmittelbar verursacht werden“. Während aber Schuldner der Schadensersatzforderung ursprünglich das Reich selbst gewesen ist, hat die auf Grund der sogenannten dritten Steuernotverordnung ergangene, das Tumultschadensgesetz auch in anderer Hinsicht abändernde Verordnung vom 29. 3. 1924 die Haftpflicht dem Fiskus desjenigen Landes auferlegt, in dem der Schaden entstanden ist. Doch kann das Landesrecht an Stelle des Landes ganz oder zum Teil die Gemeinde oder Gemeindeverbände, in deren Gebiet sich der Schaden ereignet hat, für ersatzpflichtig erklären. Auf die in mannigfacher Hinsicht interessante Ausgestaltung, die im Gesetz die Durchführung des Ersatzanspruches erfahren hat, kann hier nicht weiter eingegangen werden¹⁾.

6. Inhalt und Umfang der Deliktobligationen richten sich nach den an früherer Stelle entwickelten²⁾ allgemeinen für Schadensersatzverbindlichkeiten geltenden Grundsätzen, soweit nicht in Spezialgesetzen oder im BGB. selbst Besonderheiten vorgesehen sind. Letzteres enthält solche in den §§ 842—853.

a) Sie betreffen einmal die Schadenshaftung wegen einer gegen die Person des Ersatzberechtigten gerichteten unerlaubten Handlung. Und zwar sprechen sie die an sich selbstverständliche Erstreckung der Ersatzpflicht auf die Nachteile aus, „welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt“; regeln das dem Erwerbsunfähigen oder Erwerbsbeschränkten erwachsende Recht, Schadensersatz in Form einer Geldrente zu verlangen, und schließen für den Fall der Tötung in den zu ersetzenden Schaden die Beerdigungskosten ein. Weiter ist zu erwähnen, daß bei der Tötung eines kraft Gesetzes Unterhaltspflichtigen der Unterhaltsberechtigte, bei der Tötung oder Verletzung eines kraft Gesetzes zu Dienstleistungen Verpflichteten der Dienstberechtigte einen Ersatzanspruch gegen den Delinquenten erwirbt: hier erzeugt also auch der Eingriff in ein bloßes Forderungsrecht die Verpflichtung zur Schadloshaltung. Und schließlich ist hervorzuheben, daß im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, im Falle der Freiheitsentziehung und bestimmter Angriffe gegen die weibliche Geschlechtsehre „auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld“ gefordert werden kann: dadurch tritt, in Abweichung von dem in § 253 aufgestellten Prinzip, neben den materiellen Interesseanspruch ein Recht auf eine Art Buße oder Schmerzensgeld, das freilich um seiner höchstpersönlichen Zwecke willen unübertragbar und unvererblich ist, es sei denn, daß es „durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist“ (§§ 842—847.)

b) Für den Schadensersatz wegen Entziehung oder Beschädigung von Sachen bekennt sich das Gesetz mit gutem Grunde zu dem römischen Gedanken „*fur semper moram facere videtur*“ und läßt demgemäß den Rückgabepflichtigen auch für eine zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung der Sache haften; es ordnet ferner durch Verweisung auf die *rei vindicatio* die Impensenansprüche des Herausgabepflichtigen; verhilft, indem es für rechtzeitige Verzinsung der Ersatzsumme sorgt, dem Ersatzberechtigten zu seiner vollen Entschädigung und schützt den Ersatzpflichtigen davor, daß er nicht durch Unkenntnis der Rechtsverhältnisse, in denen die entzogene oder beschädigte Sache gestanden hat, zu wiederholten Ersatzleistungen gezwungen wird (§§ 848—851).

c) Alle Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen verjähren in drei Jahren „von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person

¹⁾ Vgl. dazu außer dem oben genannten Normenkomplex noch die Verordnungen vom 19. 5. und 15. 9. 1920 (RGBl. S. 987 und 1647).

²⁾ Oben § 8 unter 3 und 4 (S. 27f.).

des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt“. Daneben läuft die dreißigjährige, mit der Begehung der Handlung einsetzende Verjährung. Der verjährte Deliktsanspruch läßt möglicherweise einen Bereicherungsanspruch bestehen, der aber seinerseits natürlich auch nicht unverjährbar ist. Trotz Verjährung des Ersatzanspruchs kann die unerlaubte Handlung im Wege der Einrede geltend gemacht werden, wenn sie, wie beispielsweise beim Vertragsschluß durch arglistige Täuschung, zum Erwerb eines Forderungsrechtes gegen den Verletzten geführt hat (§§ 852, 853).

d) Ein Rückblick auf das Gebiet des außerkontraktlichen Schadensersatzes legt die Frage nahe, ob der Deliktsanspruch dadurch eine Veränderung erfährt, daß die unerlaubte Handlung — man denke an die Beschädigung eines geliehenen Buches — gleichzeitig den Tatbestand einer Vertragsverletzung gegenüber dem Geschädigten erfüllt. Und noch die andere Frage erhebt sich, ob derjenige, der wegen eines verletzten Rechtsgutes Schadensersatz verlangen darf, nicht schon gegenüber der drohenden Verletzung auf deren Unterlassung hätte klagen können. Tatsächlich werden in der Literatur häufig beide Themen in die Materie der Deliktsobligationen einbezogen. In Wahrheit aber handelt es sich weder bei der Konkurrenz von vertraglichen und außervertraglichen Ansprüchen noch bei der vorbeugenden Unterlassungsklage um spezifisch obligationsrechtliche Probleme, sondern um Fragen, die den allgemeinen Lehren vom Rechtsschutz angehören und sich darum auch nur im Zusammenhang mit ihnen fruchtbringend erörtern lassen.

Sachverzeichnis.

- Ablieferungsort 39f., 66, 110.
 Abnahmepflicht 1, 110, 128.
 Abschichtung eines Gesellschafters 143.
 Abzahlungsgeschäft 12, 110.
 actio doli 156.
 Afterbürgschaft 103.
 Akkreditiv 50.
 Alternativobligation 31f.
 alterum tantum 24².
 Amortisation von Wertpapieren 92, 94.
 Amortisationsquoten 23.
 Amtspflichtverletzungen 157, 161.
 Anatozismus 24.
 Änderung von Schuldverhältnissen 83f.
 Anerkenntnisvertrag: negativer 69; positiver 46.
 Annahmeverzug 1, 15, 63, 70, 82f., 99, 101, 112⁴, 129, 132.
 Anspruch und Schuldverhältnis 1f.
 Anspruchskonkurrenz 163.
 Anweisung 47f.
 Arbeitsnachweis 134f.
 Arbeitsrecht 131f.
 artha 44.
 Arzt 130.
 Aufgebot von Wertpapieren 92.
 Auflage 117f.
 Aufrechnung 39, 60, 65f., 99, 101.
 Aufsichtspflichtiger, Haftung des 161.
 Auftrag 136f.
 Aufwendungen, Ersatz von 34f., 122, 125, 137f., 162.
 Aufwertung 20f.
 Auseinandersetzung 142f., 145.
 Ausgleichsgesetz 67².
 Auskunftserteilung 35, 137.
 Ausländische Literatur 10f.
 Auslobung 135f.
 Ausspielgeschäft 108.
 Außerkurssetzung 93.
Banknoten 17f., 92.
 Bargeldloser Verkehr 16, 50.
 Bauforderungen 130.
 beneficium competentiae 118.
 beneficium excussionis 104.
 Bereicherungsansprüche 147f.
 Beschränkte Haftung 4, 98, 104.
 Besichtigungsvertrag 127.
 Besteller, Haftung des 160f.
 Bestimmungsort 39, 110.
 Betriebsrätegesetz 75², 133.
 Biermarken 93.
 Blankettschuldverhältnisse 34.
 Bürgschaft 102f.; selbstschuldnerische 104, 120.
 Causa 45f., 49, 56, 86, 96, 109, 117, 139, 148f.
 cessio legis 60, 89, 101, 105.
 cessio tacita 60, 89, 101, 105.
 Cession 85f.
 clausula rebus sic stantibus 52, 70, 78², 107.
 code civil 4¹, 7f., 70, 109¹, 154¹.
 codice civile 4¹, 7f., 109¹.
 commodum, stellvertretendes 78f., 152³.
 communio incidens 144.
 compensatio lucri cum damno 30f.
 concursus causarum lucratarum 68.
 condictio causa data causa non secuta 150.
 condictio indebiti 149.
 condictio ob causam finitam 150.
 condictio ob turpem causam 150.
 contractus aestimatorius 135.
 contractus mohatrae 106.
 contractus pigneraticius 127f.
 culpa in custodiendo 161.
 culpa in eligendo 73, 160f.
Damnum emergens 25.
 Darlehn 106f.
 Darlehnskassenscheine 17.
 datio in solutum 62.
 Dauerschuldverhältnisse 13.
 Deckungsverhältnis 48, 56.
 Deflorationsklage 157.
 Deliktobligationen 153f.
 depositum irregulare 126f.
 Dienstvertrag 130f.
 Differenzgeschäft 109.
 Differenztheorie 77, 81, 152¹.
 diligentia, quam in suis rebus adhibere solet 72, 126, 139.
 Diskontierung von Buchforderungen 89².
 Distanzkauf 110.
 Dividende 23, 140.
 Dividendenscheine 92f.
 Draufgabe 44.
 dolus eventualis 72.
Editionsanspruch 127, 146f.
 Ehemaklerlohn 5, 134.
 Eigentumsverletzung, Haftung für 154, 162.
 Eigentumsvorbehalt beim Kauf 111, 112².
 Einbringung bei Gastwirten 127.
 Einrede des nicht erfüllten Vertrags 38, 51f., 55, 80.
 Einrede des Notbedarfs 118.
 Einrede der Vorausklage 104.
 Einziehungsermächtigung 89.
 Eisenbahn, Haftung der 158f.
 Eisenbahnfahrtscheine 93, 94.
 Emissionstheorie 91.
 emptio rei speratae 111.
 emptio spei 111.
 Entstehungsgrund der Obligation 5, 41.
 Entwurf eines Allgem. Arbeitsvertragsgesetzes 133.
 Entwurf eines italienisch-französischen Obligationenrechts 7².
 Erbrecht 2, 7, 43, 57, 98, 132, 162.
 Erfüllung 58f., 99, 101.
 Erfüllungsgehilfen, Haftung für 73.
 Erfüllungsort 39f., 66, 110, 112.
 Erfüllungsübernahme 95.
 Erlaß 68f.
 Erneuerungsschein 93.
 Ersitzung (und Bereicherung) 149.
 Eventualaufrechnung 67.
 Eventualdolus 72.
 exceptio non adimpleti contractus 38, 51f., 55, 80.
 exceptio non adimplebilis contractus 80.

- Facultas alternativa** 33.
Fahrlässigkeit 72.
Fahrlässigkeit, grobe 72, 83, 118, 125.
Fälligkeit 35f.
Familienrecht 2, 7.
Fixgeschäft 37.
Freiheitsentziehung, Haftung wegen 154, 162.
Fristsetzung 27, 32, 55f., 76, 77, 96, 129.

Garderobemarken 94.
Gattungsschuld 13f., 74, 112⁴, 114.
Gebäudeeinsturz, Haftung für 157f.
Gefährdungshaftung 158f.
Gefahrtragung 15, 26¹, 64, 80, 83, 112f., 129f., 131f.
Gegenseitiger Vertrag 50f.
Gegenstand der Obligation 1f., 12f.
Geld 16f.
Geldentwertung 18f., 20f., 75², 107¹, 124³.
Geldschuld 19f.
Geldsortenschuld 19f.
Gemeinschaft 144f.
Gemischte Verträge 42, 118.
Gepäckschein 94.
Gesamtgläubigerschaft 98f.
Gesamthandsforderung 100.
Gesamthandsprinzip 100, 141.
Gesamtschuld 100f., 103, 141f., 145, 159, 161.
Geschäftsbesorgung 128, 131, 136f., 140.
Geschäftsführung ohne Auftrag 137f.
Geschäftsinteresse, positives u. negatives 29f., 42, 90, 118.
Geschlechtshhre, Schutz der weiblichen 157, 162.
Gesellschaft 138f.
Gesellschaftsvermögen 141f.
Gesetzliches Pfandrecht 123, 124, 127, 130.
Gesinderecht 8, 133.
Gesundheitsschädigung, Haftung wegen 154, 162.
Gewalt, höhere 74, 127, 159.
Gewinnanteilscheine 92f.
Glücksspiel, verbotenes 108.
Grundstückskauf 43, 112, 115.
Gutsübernahme 57, 97.

Haftpflchtgesetz 159.
Haftung, Schuld und H. 4f.
Haftung, beschränkte 4, 98, 104.
Handelsgesetzbuch 8.
Handgeld 44.
Handlungen, unerlaubte 153f.
Hinterlegung 60, 63f., 83, 99, 101.

Hinterlegungsdarlehn 126f.
Höhere Gewalt 74, 127, 159.

Impensensatz 35f., 122, 125, 137f., 162.
Individualisierung der Obligation 5f.
Inhaberpapiere 89f.; unvollkommene 93f.

Japanisches BGB. 7, 68³, 154¹.

Kauf 109f.
Kauf auf, nach, zur Probe 111.
Kausalzusammenhang 28f.
Kompensation 39, 60, 65f., 99, 101.
Konditionen 147f.
Konditionsvertrag, buchhändlerischer 135.
Konfusion 68, 99, 101.
Konkretisierung 14f., 32f., 34, 112⁴.
Konkurrenz von Ansprüchen 163.
Konkurs 36², 61¹, 101¹, 142.
Konnexität 38, 66.
Kontrahierungszwang 44.
Konventionalstrafe 83f.
Konzentration 14f., 32f., 34, 112⁴.
Körperverletzung, Schadenersatz wegen 154, 162.
Kostenanschlag 130.
Kraftfahrzeuge, Haftung für 159.
Kreationstheorie 91, 93f.
Kreditauftrag 105.
Kreditgefährdung 156.
Kreditkauf 110.
Kulpakompensation 30.
Kündigung 36, 78, 99, 101, 122f., 124, 126, 130, 133, 137, 142.
Kurantgeld 16.

Landesrechtliche Vorbehalte 8.
Lebensversicherungsvertrag 57.
Legitimationspapiere 94.
Lehrvertrag 130.
Leibrentenvertrag 57, 97, 107.
Leihe 125f.
Leistung: Tun oder Unterlassen 12; einmalige, wiederkehrende, fortgesetzte 12f.; teilbare 13; unmögliche 32, 42f., 55, 68, 78f., 82, 112f., 122, 129; unsittliche, verbotene 43, 150.
Leistung an Erfüllungsstatt 62f., 99, 101.
Leistung Erfüllungshalber 63.
Leistungslokal 40.
Leistungsor 39f., 66, 110.
Leistungsstunde 37.

Leistungsverzug 70, 75f., 84, 99, 101.
Liquidationsvergleich 98¹.
Literaturverzeichnis 9f.
Lotterie 108.
lucrum cessans 25.
Luftfahrzeuge, Haftung für 159.

Mahnung 75.
Maklervvertrag 134f.
Mandat 136f.
mandatum qualificatum 105.
Mängelrüge 116.
Mehrheit der Gläubiger 98f.
Mehrheit von Schadensstiftern 159f.
Mehrheit der Schuldner 100f.
Miete 119f.
Mieteinigungsämter 121.
Minderungsanspruch 115, 128f.
Mitbürgerschaft 103.
Mitforderung 99.
Mitschuld 102.
Mobiliarhypothek 124².
mora accipiendi siehe Annahmeverzug.
mora solvendi siehe Leistungsverzug.
Mortifikationsurkunde 62.
Münzgesetz 17, 18.

Namenspapiere 93, hinkende 94.
Naturalobligation 5.
Naturalrestitution 27f.
negotiorum gestio 137f.
negotium mixtum 42¹, 118.
Nichterfüllung, schuldnnerische 70, 99, 101.
Nominalismus 20.
Normenvertrag 44f.
Notbedarf, Einrede des 118.
Notenbanken 17.
Notgeld 18.
Notstand 154.
Notwehr 154.

Österreichisches ABGB 7.
Osthilfe 25¹, 124¹.

Pacht 123f.
Pachteinigungsämter 125.
Pensionsansprüche als Vor- teilsausgleichung 31¹.
Pensionsversprechen 107.
Pfandreht, gesetzliches 123, 124, 127, 130.
Platzkauf 110.
Pränumerationskauf 110.
Preisbewerbung 136.
Preußisches Landrecht 154¹.

Quasidelikte 41².
Quasikontrakte 41².
Quittung 62, 69.

- Ratenzahlung 13, 60.
 Realofferte 82.
 Rechnungslegung 34f., 137.
 Recht: absolutes, dingliches;
 relatives, persönliches 3.
 Rechtsmängelhaftung 113f.,
 118, 122, 125.
 Rechtsgrund siehe causa.
 Rechtskraft des Urteils 99, 101,
 156.
 Reichsbanknoten 17.
 Reichskassenscheine 17.
 Reichsmark 19.
 relocatio tacita 122.
 Rentenbank 18.
 Rentenmark 18.
 Rentenpfennige 18.
 Retentionsrecht 37f.
 Rückbürgschaft 103.
 Rücktritt vom Vertrag 54f.
 Rücktrittsrecht, gesetzliches
 77, 81, 129.

 Sachenrecht 2f., 7.
 Sachmängelhaftung 114f., 118,
 122, 125.
 Saldotheorie 152¹.
 sale of goods act 109¹.
 Schaden, immaterieller 28, 162;
 mittelbarer, unmittelbarer
 28f., negativer 30.
 Schadensersatzpflichten: All-
 gemeines 25f.; wegen Nicht-
 erfüllung 75f., 79, 81; außer-
 kontraktliche 153f.
 Scheck 16, 50.
 Scheidemünzen 16.
 Schenkung 116f.
 Schenkungsversprechen 46,
 107, 117f.
 Schenkung von Todeswegen
 118.
 Schlechtleistung 71.
 Schmerzensgeld 28, 162.
 Schuld und Haftung 4f.
 Schuldabänderungsvertrag
 83f.
 Schuldanerkennnis 46f.
 Schuldbeitritt 95, 103.
 Schuldschein 47, 62.
 Schuldübernahme: kumulative
 95, 103; private 95f.
 Schuldunfähigkeit 72, 155, 161.
 Schuldverhältnisse mit unbe-
 stimmtem Leistungsinhalt
 34.
 Schuldverschreibung auf den
 Inhaber 89f.
 Schuldversprechen, abstraktes,
 selbständiges 45f.
 Schuldvertrag: formbedürftiger
 43; 117, 122; gemischter
 42, 118; einseitiger, gegen-
 seitiger, unvollkommen zwei-
 seitiger 50; zugunsten Dritter
 56f.
 Schutzgesetz 155.
 Schweizerisches Obligationen-
 recht 6, 7³, 41.
 Selbsthilfe 155.
 Selbsthilfeverkauf 65, 83.
 Sicherungsübereignung 87².
 Sorgfalt wie in eigenen Angele-
 genheiten 72, 126, 139.
 Sowjetrussisches BGB. 109¹,
 154¹.
 Sparkassenbuch 94.
 Speisemarken 93.
 Speziesschuld 13, 20, 114.
 Spielschulden 108f.
 Staat: seine Haftung für Be-
 amte 161f.
 Staatsgeld 16.
 Staatsschuldbuch 93.
 Stellenvermittlungsgesetz 134.
 Stundung 83.
 Sukzessivlieferungsgeschäft 13,
 77.
 Surrogationstheorie 77, 81,
 152¹.
 Synallagma 50.

 Talon 93.
 Tarifvertrag 45, 131.
 Tausch 116.
 Teilgläubigerschaft 98.
 Teilleistungen 13, 60, 67.
 Teilpacht 123¹.
 Teilschuldnerschaft 100.
 Teilstreik 132.
 Theaterbillet 93f.
 Tierhalterhaftung 158.
 Treuhänderische Zession 89.
 Treuhandvergleich 98¹.
 Trödelvertrag 135.
 Tötung, Schadensersatz wegen
 154, 162.
 Tumultschadensgesetz 162.

 Übergang von Forderungen,
 gesetzlicher 60, 89, 101, 105.
 Übertragung von Forderungen
 85f.
 Umstände, zu vertretende 71f.
 Undank, grober 118.
 Ungarischer Entwurf 72², 155².
 Unlauterer Wettbewerb 156.
 Unmöglichkeit der Leistung:
 anfängliche 32, 42f., 113f.,
 122; nachträgliche 32, 55,
 78f.; objektive 42; subjek-
 tive 42f.; wirtschaftliche 78².
 Unterlassungsklage, vorbeu-
 gende 163.
 Unterlassungspflichten 1, 12,
 84.
 Untersuchungshaft, Ersatz für
 unschuldige 161.
 Unvermögen zur Leistung siehe
 Unmöglichkeit der Leistung.
 Urkundenedition 146.
 Usuelles Geld 16.

 Valorismus 20f.
 Valutaverhältnis 48f., 56.
 Veränderungen, inhaltliche des
 Schuldverhältnisses 69f.
 Verbalofferte 82.
 Vergleich 52f.
 Vergleichsordnung 54².
 Verjährung 23, 49, 92, 99, 101,
 115, 123, 129, 162f.
 Verkehr, bargeldloser 16, 50.
 Verkehrsgeld 16.
 Verlagsrecht 8.
 Vermögensübernahme 57, 97.
 Vermögenswert der Obligation
 2.
 Verpfändungsvertrag 127.
 Verschulden: eigenes des Ge-
 schädigten 30; des Schuld-
 ners 72f.
 Versicherungspolice 94.
 Versicherungsvertrag 8; 26;
 57, 106¹.
 Vertragsstrafe 83f.
 Vertragstheorie 91.
 Vertragsverletzung, positive 71.
 Verurteilung, unschuldige,
 Schadensersatz für 161.
 Verwahrungsvertrag 126f.
 Verwendungszinsen 35.
 Verzug: siehe Annahmeverzug,
 Leistungsverzug.
 Viehkauf 115.
 vis maior 74, 127, 159.
 Vorkauf 111.
 Vorlegung von Sachen 127,
 186f.
 Vorlegungsfrist 92.
 Vorsatz 71f.
 Vorvertrag 44.

 Wahlschuldverhältnisse 31f.
 Währungsgeld 16.
 Wandlungsanspruch 115, 128f.
 Wechsel 16, 50.
 Wechselordnung 8.
 Werklieferungsvertrag 116,
 128.
 Werkvertrag 128f.
 Wertpapier 90¹, 93¹.
 Wettbewerb, unlauterer 156.
 Wettschulden 108.
 Wiederkauf 111.
 Wildschadensersatz 158.
 Wucher 24f.

 Zeit der Leistung 35f.
 Zession 85f.
 Zinsreduktion 25.
 Zinsscheine 92.
 Zinsschuld 22f.
 Zufall, Haftung für 73f., 76,
 162.
 Zurückbehaltungsrecht 37f., 62.
 Zwangsgeld 16.
 Zwangssyndikat 45.
 Zwangsvergleich 54, 104.
 Zweikondiktionentheorie 152¹.