Das bürgerliche Recht

des

Deutschen Reichs und Preußens

von

Dr. Heinrich Dernburg,

weil. Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Zweiter Band.

Erste Abteilung.

Vierte, von dem Senatspräsidenten und ord. Honorarprofessor Arthur Engelmann in Breslau neubearbeitete Auflage.

Halle a. d. S.
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1909.

Die Schuldverhältnisse

nach dem Rechte des

Deutschen Reichs und Preußens

von

Dr. Heinrich Dernburg,

weil. Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Vierte Auflage

bearbeitet von

Dr. Arthur Engelmann,

Oberlandesgerichts-Senatspräsidenten und ord. Honorarprofessor in Breslau.

Erste Abteilung:

Allgemeine Lehren.

Halle a. d. S.
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1909.

Vorrede zur dritten Auflage.

Die früheren Auflagen des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse sind seit einiger Zeit vergriffen. Da sie vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bearbeitet waren und erschienen sind, konnte sich ein unveränderter Abdruck nicht empfehlen.

Seit vier Jahren war zwar die Gesetzgebung auf diesem Gebiete nur wenig tätig, um so bedeutsamer aber waren die Fortschritte der Wissenschaft und vor allem der Rechtsprechung, deren Ergebnisse uns in Fülle vorliegen. In der Hauptsache hat die Entwicklung dieselben Bahnen eingeschlagen, welche das Buch verfolgt, durch Festhalten an den geschichtlichen Grundlagen des Rechts, Vermeidung von Extremen, welche eine neue Kodifikation oft nahe legt, Berücksichtigung der Anforderungen der Zweckmäßigkeit und des praktischen Lebens ohne in dürre Wortinterpretation zu verfallen. Aber wie viele neue Fragen sind aufgeworfen, wie manche Gedanken angeregt!

Dies verlangte neue Erwägung und Bearbeitung. Und doch wie eng bemessen war die Zeit, welche ich ihr widmen konnte. Hier kam mir mein Freund Amtsrichter Dr. Leschinsky zu Hilfe. Er hat vor allem die Rechtsprechung der letzten Jahre in reichem Maße angezogen und deren Ergebnisse zu verwerten gewußt. Das Buch ist hiermit in mancher Beziehung zu einem neuen geworden.

Auch andere Unterstützung wurde mir zuteil. Insbesondere muß ich die Bemerkungen, welche mir Kleineidam zustellte, ferner die meines Kollegen Hellwig dankend hervorheben.

Die Vollendung der Neubearbeitung dieses Bandes fällt mit dem Tage zusammen, an welchem ich vor fünfzig Jahren an einer in deutschem Geiste wirkenden Hochschule zur Professur des römischen Rechts berufen wurde, die einst Keller und Mommsen bekleidet hatten. Während meiner unausgesetzten Lehrtätigkeit hat das deutsche Recht die größten Veränderungen erfahren, die deutsche Rechtswissenschaft sich in ruhmreichster Weise entwickelt. Hieran nach meinen Kräften mitzuwirken, war meine Lebensaufgabe. Ich erkenne dankbar an, daß mir dies dauernd beschieden war. Damit hat sich mir der Spruch bewährt: „Was man in der Jugend wünscht, hat man im Alter in Fülle."

Westend, 28. August 1904.

Heinrich Dernburg.

Vorrede zur vierten Auflage.

Der ehrenvollen Aufgabe, das Bürgerliche Recht Dernburgs nach dem Hinscheiden seines Schöpfers zu bearbeiten, glaube ich nur dann gerecht werden zu können, wenn ich die Eigenart des Werkes bis in die Einzelheiten hinein unangetastet lasse. Reichere Anführungen gerichtlicher Entscheidungen würden die Lehrbucheigenschaft des Werkes bedrohen, und längere Erörterungen von Lehrmeinungen könnten den Einfluß, den das Werk in segensreicher Weise auf die Praxis ausgeübt hat, in Frage stellen. Ist es doch auch eine Pflicht der Pietät gegen den Verstorbenen, seine Schöpfung solange als möglich unverändert fortwirken zu lassen. Nur da, wo Theorie oder Rechtsprechung eine von der des Verfassers abweichende Auffassung oder eine Erweiterung des früher Gesagten nahelegten, ist eine Einfügung bewirkt und diese als ein Zusatz des Herausgebers durch eckige Klammern kenntlich gemacht worden.

Leider war viel kostbare Zeit verstrichen, bevor ich in knappen Mußestunden an die Arbeit herangehen konnte. Sie wurde wesentlich gefördert durch eine eingehende Vorarbeit von Herrn Gerichtsassessor Dr. Simon in Berlin. Ihm an dieser Stelle warmen Dank zu sagen, ist für mich eine angenehme Verpflichtung.

Breslau, den 13. Mai 1909. Engelmann.

Inhaltsverzeichnis.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Teil. Die allgemeinen Lehren.

Einleitung.

(Die jeder Paragraphen-Überschrift angehängte Ziffer ist die Seitenzahl.)

§ 1. Das Schuldverhältnis. Begriff 1. — § 2. Die Gesetzesnormen über Obligationenrecht 4. — § 3. Die Obligation und die Klage. Unvollkommene Verbindlichkeiten 12. — § 4. Schuldverpflichtungen mit beschränkter Haftung 16. — § 5. Anordnung des Rechtes der Schuldverhältnisse 19.

Erster Abschnitt. Die Verpflichtung zur Leistung.

Erstes Kapitel. Die Leistungspflicht im allgemeinen.

§ 6. Der Inhalt des Schuldverhältnisses 21. — § 7. Negative und positive Leistungen 22. — § 8. Eigenart der Verpflichtungen zu Handlungen 25.

Zweites Kapitel. Beurteilung nach Treu und Glauben.

§ 9. Gebundenheit und Freiheit des Richters nach älterem Recht 27. — § 10. Treu und Glauben nach B.G.B. 28.

Drittes Kapitel. Gattungsschuld.

§ 11. Begriff der Gattungsschuld 32. — § 12. Das Recht der Gattungsschuld 35.

Viertes Kapitel. Geld und Wertpapiere.

§ 13. Verkehrsgeld und Staatsgeld 38. — § 14. Die deutsche Währung 41. — § 15. Metallwert, Nennwert, Kurswert 45. — § 16. Geldsortenschuld 47. — § 17. Die Wertpapiere 48.

Fünftes Kapitel. Die Zinsen.

§ 18. Die Zinsenpflicht im allgemeinen 50. — § 19. Die Fälle des Zinsennehmens. Bedungene Zinsen 54. — § 20. Gesetzliche Zinsen 55. — § 21. Gleiche Behandlung der gesetzlichen und der bedungenen Zinsen 57. — § 22. Der gesetzliche Zinssatz 58. — § 23. Zinsbeschränkungen, Zwischenzinsen 61.

Sechstes Kapitel. Schadensersatz.

§ 24. Vom Schadensersatz im allgemeinen 65. — § 25. Verschuldung oder Veranlassung als Grund des Schadensersatzes 69. — § 26. Ermittelung des Schadens und seiner Höhe 71. — § 27. Der Schaden und sein Kausalzusammenhang 73. — § 28. Beachtung des Grades des Verschuldens 79. — § 29. Entgangener Gewinn 81. — § 30. Ort und Zeit der Schadensberechnung 83. — § 31. Aufrechnung von Vorteilen 85. — § 32. Eigenes Verschulden des Beschädigten 86. — § 33. Art des Schadensersatzes. Wiederherstellung. Geldersatz 90. — § 34. Gegenansprüche des Ersatzpflichtigen 94. — § 35. Ersatz wegen Aufwendungen 95. — § 36. Die Buße 97. — § 37. Der Anspruch auf Buße im einzelnen 98.

Siebentes Kapitel. Der Anspruch auf Auskunft.

§ 38. Der Anspruch auf Auskunft im allgemeinen 100. — § 39. Die Verpflichtung zur Rechenschaft und Rechnungslegung 102. — § 40. Entlastung des Rechnungsstellers 107. — § 41. Vorlegung eines Verzeichnisses 109. — § 42. Anspruch auf Besichtigung 110.

Achtes Kapitel. Wahlobligationen.

§ 43. Natur der Wahlobligationen 113. — § 44. Unmöglichkeit der einen der Leistungen 118. — § 45. Den Wahlobligationen verwandte Schuldverhältnisse 119.

Neuntes Kapitel. Einheitliche und verbundene, teilbare und unteilbare Leistungen. Leistung durch Dritte.

§ 46. Einheitliche und verbundene Obligationen 121. — § 47. Teilbare und unteilbare Obligationen 122. — § 48. Teilleistungen 124. — § 49. Leistung durch Dritte 126.

Zehntes Kapitel. Ort und Zeit der Leistung.

I. Ort der Leistung.

§ 50. Die räumlichen Beziehungen der Obligationen 129. — § 51. Der Leistungsort nach B. G. B. Das Allgemeine 130. — § 52. Der Leistungsort nach B. G. B. im einzelnen 132. — § 53. Bestimmungsort 135.

II. Zeitliche Beziehungen der Obligation.

§ 54. Entstehungszeit und Erfüllungszeit 137. — § 55. Kündigung 139. — § 56. Fixgeschäfte 141.

Elftes Kapitel. Zurückbehaltungsrecht.

§ 57. Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts 143. — § 58. Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts 147. — § 59. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung 149.

Zwölftes Kapitel. Die Unmöglichkeit der Leistung.

§ 60. Unmöglichkeit der Leistung. Allgemeines 150. — § 61. Ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung 153. — § 62. Nachfolgende Unmöglichkeit 156.

Dreizehntes Kapitel. Haftung für Verschulden.

§ 63. Verschulden im allgemeinen 158. — § 64. Vertragliches und außervertragliches Verschulden 163. — § 65. Grade der Verhaftung in einzelnen Verhältnissen 165. — § 66. Ausschließung des Verschuldens 166. — § 67. Vertretung fremden Verschuldens. Allgemeines 169. — § 68. Die Vertretung fremden Verschuldens nach Reichsrecht 170. — § 69. Haftung bis zur höheren Gewalt 174. — § 70. Beweis der Verschuldung 177.

Vierzehntes Kapitel. Der Verzug.

I. Verzug des Schuldners.

§ 71. Voraussetzungen des Verzugs des Schuldners 178. — § 72. Die Folgen des Verzugs des Schuldners 184. — § 73. Beendigung des Verzugs des Schuldners 189.

II. Verzug des Gläubigers.

§ 74. Die Abnahmepflicht des Gläubigers und sein Verzug 190. — § 75. Voraussetzungen des Verzugs des Gläubigers 193. — § 76. Wirkungen des Verzugs des Gläubigers 196. — § 77. Beendigung des Verzugs des Gläubigers 200.

Zweiter Abschnitt. Die Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erstes Kapitel. Der Schuldvertrag.

§ 78. Begründung des Schuldverhältnisses durch Vertrag 200. — § 79. Begründung durch einseitiges Versprechen 203. — § 80. Besondere Beschränkungen obligatorischer Verträge 203. — § 81. Verträge mit unbestimmten Dritten 210. — § 82. Versteigerung 212. — § 83. Verpflichtung zur Eingehung von Verträgen 216.

Zweites Kapitel. Erfordernisse des Schuldvertrags.

§ 84. Rechtspflicht, Vermögenswert 218. — § 85. Bestimmbarkeit der Leistung 220. — § 86. Bestimmung durch einen der Vertragschließenden 222. — § 87. Bestimmung durch Dritte 225.

Drittes Kapitel. Abstrakte Schuldverträge.

§ 88. Abstrakte Schuldverträge. Einleitung 227. — § 89. Fälle abstrakter Verbindlichkeiten im heutigen Recht 230. — § 90. Die abstrakte Obligation und ihr Grundverhältnis 231.

Viertes Kapitel. Gegenseitige Verträge.

I. Ihre Natur im allgemeinen.

§ 91. Unvollkommene und vollkommene gegenseitige Verträge 236. — § 92. Das Wesen der zweiseitigen Geschäfte 237.

II. Die Klage aus gegenseitigen Verträgen.

§ 93. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages 239. — § 94. Einrede der unzulänglichen Erfüllung 243.

III. Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen.

§ 95. Unmöglichkeit der Leistung seitens des einen Teils. Einleitung 245. — § 96. Unmöglichkeit der Leistung seitens des einen Teils nach B.G.B. 246.

IV. Leistungsverzug im Falle gegenseitiger Verträge.

§ 97. Die Rechtsentwicklung bezüglich des Leistungsverzugs 251. — § 98. Der Leistungsverzug bei gegenseitigen Verträgen nach B.G.B. 253. § 99. Die positiven Vertragsverletzungen 259.

Fünftes Kapitel. Draufgabe, Vertragsstrafe.

§ 100. Die Draufgabe 262. — § 101. Begriff und Wesen der Vertragsstrafe 225. — § 101. Unzulässige Vertragsstrafe 269. — § 103. Beschränkungen der Vertragsstrafe 274. — § 104. Verfallen der Vertragsstrafe 276.

Sechstes Kapitel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 105. Die Verträge zugunsten Dritter im allgemeinen 280. — § 106. Die Fälle des Vertrags zugunsten Dritter nach B.G.B. 283. — § 107. Rechtsverhältnisse infolge des Vertrags zugunsten Dritter 285.

Siebentes Kapitel. Das Rücktrittsrecht.

§ 108. Das Rücktrittsrecht im allgemeinen 288. — § 109. Die Ausübung des Rücktrittsrechts 291. — § 110. Wirkung des Rücktritts 296. — § 111. Das Reugeld — die Wandelpön 297. — § 112. Rücktritt wegen veränderter Umstände 300.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Forderungen.

§ 113. Erlöschen der Forderungen im allgemeinen 302.

Erstes Kapitel. Die Erfüllung.

§ 113. Erfüllung und Zahlung 280. — § 115. Der Empfangsberechtigte. Fähigkeit zur Leistung 306. — § 116. Beweis der Erfüllung, Quittung 312. — § 117. Tatsächliche Vermutungen für die Schuldtilgung 320. — § 118. Anrechnung der Zahlung bei mehreren Forderungen 321.

Zweites Kapitel. Leistung an Erfüllungsstatt. Novation.

§ 119. Leistung an Erfüllungsstatt 325. — § 120. Die Novation 327. — § 121. Einzelne Fälle der Novation 329.

Drittes Kapitel. Die öffentliche Hinterlegung.

§ 122. Die Hinterlegung im allgemeinen 332. — § 123. Die Hinterlegungsstellen und die Hinterlegung 336. — § 124. Die Rechtsfolgen der Hinterlegung 339.

Viertes Kapitel. Aufrechnung.

§ 125. Das Wesen der Aufrechnung 345. — § 126. Die Erklärung der Aufrechnung 349. — § 127. Voraussetzungen der Aufrechnung 350. — § 128. Wirkung der Aufrechnung 354. — § 129. Ausschließung der Aufrechnung 357. — § 130. Vorhandensein mehrerer Forderungen 361.

Fünftes Kapitel. Andere Endigungsgründe.

§ 131. Erlaß 363. — § 132. Tod eines Beteiligten 365. — § 133. Vereinigung 367.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderungen.

§ 134. Die geschichtliche Bildung der Forderungsübertragung 369.

Erstes Kapitel. Die Abtretung der Forderung und die gleichgestellten Fälle.

§ 135. Die Abtretung der Forderung und ihr Rechtsgrund 370. — § 136. Die Abtretung und ihre Form 372. — § 137. Der Gegenstand der Abtretung 377. — § 138. Fortsetzung. Ausschließung der Übertragbarkeit 380. — § 139. Inhalt und Umfang des abgetretenen Rechts 384. — § 140. Der Übergang der Forderung 384. — § 141. Gebrechlichkeit des Rechts des Zessionars. Anerkennung 391. — § 142. Die Anzeige der Abtretung durch den Zedenten und ihre Kraft 394. — § 143. Hilfsrechte des Zessionars 397. — § 144. Übergang der Forderung von Rechts wegen, sowie infolge gerichtlicher Überweisung 399.

Zweites Kapitel. Die allgemeinen Lehren des Indossaments.

§ 145. Indossament. Voraussetzungen 402. — § 146. Rechtsstellung des Vollindossatars 444.

Drittes Kapitel. Inhaberpapiere, Legitimationspapiere.

§ 147. Wesen des Inhaberpapieres 407. — § 148. Die Schaffung des Inhaberpapiers 410. — § 149. Beschränkung der Ausstellung von Inhaberschuldverschreibungen 414. — § 150. Die Rechte aus dem Inhaberpapiere 318. — § 151. Erlöschen durch Zeitablauf 422. — § 152. Umwandlung der Inhaberpapiere in Namenpapiere 423. — § 153. Verknüpfung der Schuld mit dem Papiere, Kraftloserklärung 424. — § 154. Die Legitimationspapiere 428. — § 155. Die vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Inhaberpapiere 429.

Fünfter Abschnitt. Die Schuldübernahme.

§ 156. Die Schuldübernahme im allgemeinen 431. — § 157. Die Schuldübernahme im engeren Sinne 433. — § 158. Wirkungen der Schuldübernahme 436. — § 159. Übernahme eines Vermögens, eines kaufmännischen Geschäfts 438. — § 160. Übernahme der hypothekarisch eingetragenen Schulden durch den Grundstückserwerber 440.

Sechster Abschnitt. Gesamtschulden und Gesamtforderungen.

§ 161. Die Gesamtschuld im allgemeinen 446. — § 162. Die Vertragsgesamtschuld 451. — § 163. Das Recht der Gesamtschuld 454. — § 163. Die Ausgleichung unter den Gesamtschuldnern 426. — § 164. Gesamtforderungen 430. — § 166. Rechtsverhältnisse der Gesamtforderung 431. — § 167. Gemeinschaftliche Forderungsrechte 467.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Teil.

Die allgemeinen Lehren.

Einleitung.

§ 1. Das Schuldverhältnis.[1.2] Begriff.

I. Die Verpflichtung des Schuldners zu einem Tun oder Unterlassen, um seinem Gläubiger einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen, nennen die Römer Obligation.[3]

Das römische Institut ist in das deutsche Recht übergegangen; es spielt im privatrechtlichen Verkehre der neueren Zeit die wichtigste Rolle; auch der Ausdruck „Obligation" ist dem deutschen Sprachgebrauche nicht fremd.

---

1) über gemeines Recht vgl. die bei Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 1 Angeführten, insbesondere auch Hasenöhrl, Das österr. Obligationenrecht Bd. 2 1881 bis 1890. 2. Aufl. Bd. 1 1890.

2) Zum B. G. B. ist besonders hervorzuheben Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren 1897; Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse im B. G. B. II. Aufl. 1904; der Kommentar von Planck Bd. 2; von Oertmann, Schuldverhältnisse II. Aufl. 1906; Cosack, IV. Aufl. Bürgerliches Recht Bd. 1; Crome, System Bd. 2 Schuldverhältnisse; Endemann, Einführung Bd. 1 S. 570; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. II, 1; siehe auch Goldmann und Lilienthal, Das B. G. B. 1903; Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen 1902; Schollmeyer, Schuldverhältnisse Kommentar Bd. 1 1899 ff.; Landsberg, Das B. G. B. 1904; Staudinger, Komment. z. B.G.B. Bd. 2 III. und IV. Aufl. 1907; Kohler, Lehrbuch Bd. 2 1906.

3) Römische Legaldefinitionen sind pr. J. de obl. et act. 3,13: obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura und vor allem l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

Das B. G. B. wählt aber die Bezeichnung Schuldverhältnis. Hiernach definiert § 241: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern.“[4] Vorausgesetzt ist dabei, daß der Forderung des Gläubigers eine Verpflichtung des Schuldners gegenübersteht, dies ist selbstverständlich hinzuzudenken.

II. Der Ausdruck Schuldverhältnis ist freilich nicht unzweideutig. Das Gesetz bezeichnet im § 241 und weiterhin als Schuldverhältnis die einzelne Forderung und Verpflichtung.

Unter Schuldverhältnis versteht man aber häufig in einem weiteren Sinn ein Verhältnis, aus welchem Forderungen und Schulden entspringen können, z. B. eine Gesellschaft, ein Dienstverhältnis.[5] Eine Gesamtschuld ferner bildet ein Schuldverhältnis, vgl. § 423, während die einzelnen der inbegriffenen Verpflichtungen wieder besondere Schuldverhältnisse sind. Kapital und Zinsenforderungen sind nicht minder zusammen als ein Schuldverhältnis aufzufassen.

III. Das deutsche Recht unterschied ursprünglich „Schuld“ und „Haftung“.[6]

Dies trat besonders im ältesten deutschen Schuldrechte hervor, dieses war Fehderecht zur Sühne einer Verletzung, d. h. Vergeltungsrecht. Die Vergeltung konnte abgekauft und durch Buße — compositio — ersetzt werden. Die Buße mußte der Verletzte statt der Vergeltung gemäß der Volksrechte in dem von diesen festgesetzten Betrage nehmen; Buße war hiernach geschuldet, aber der Verletzte hatte gegen den Schuldner keine Forderung auf sie. Erst dessen Versprechen begründete eine Haftung, seine Verurteilung tat das nicht. Weigerte sich der Verurteilte, die Buße zu erlegen, so konnte er zu ihrer Entrichtung nicht direkt gezwungen werden, aber die Volksversammlung oder der König konnte ihn als friedlos erklären, wenn er sie nicht entrichtete.[7]

Schuld bildete auch nach der Auffassung des Mittelalters, was dem Gläubiger gebührte. Sie konnte der Haftung einer Person oder einer Sache zur Grundlage dienen. Aber sie bestand nicht in deren Haftung.

---

4) E. I § 206; Mot. Bd. 2 S. 5; Kom.Prot. Bd. 1 S. 279.

5) Vgl. Stammler a. a. O. z. B. S. 215. Gegen ihn Klein, Österr. Richterzeit 1, 158 f.; derselbe, Untergang der Obligation S. 30 f.

6) Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht 1881; Puntschart, Schuldverhältnis und Treugelöbnis 1896. Vgl. auch die bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 1 Anm. 7 Angeführten.

7) Stobbe-Lehmann, D. P. R. Bd. 3 S. 107.

Anders das römische Recht. In ihm war die Schuld untrennbar mit der Person des Gläubigers sowie mit der Person des Schuldners und seiner Haftung verknüpft.

Dies ist infolge der Rezeption des römischen Rechtes deutsches Recht geworden.

Dennoch wirkt die alte Vorstellung nach. Die Schuld — das bestimmte Leistensollen — kann hiernach noch jetzt den Wechsel des Gläubigers und den des Schuldners überdauern. Denn die Abtretung läßt die Forderung bestehen und bewirkt nur einen Wechsel in der Person des Gläubigers, bei der Schuldübernahme bleibt die Schuld bestehen, und nur der Schuldner, welcher für sie haftet, wechselt.

Auf diesem Boden erwuchs auch das selbständige Pfandrecht, wie es sich in den Formen der Bodmerei und der Grundschuld erhalten hat. Die Sache haftet hierbei für die Schuld, d. h. das Leistensollen, die persönliche Haftung eines Schuldners aber besteht nicht.[8]

Immerhin ist in der Definition des B. G. B. § 241, wie dies dem heutigen, regelmäßigen Tatbestand entspricht, Schuld und Schuldverhaftung zu einem Begriffe verschmolzen.[9]

IV. Die Abgrenzung des Institutes des Schuldverhältnisses von Ansprüchen und Verpflichtungen anderer Art ist eine wenig sichere.

Es ist daran festzuhalten, daß sich der Tatbestand des Institutes des Schuldverhältnisses mit demjenigen der römischen Obligation deckt; denn aus ihr ist es entsprungen und nach ihr ist es geregelt.

1. Schuldverhältnisse bilden hiernach die allgemeinen rechtlichen Verpflichtungen nicht, welche der Mensch gegenüber dem Menschen hat, z. B. die Ehre des Mitmenschen nicht zu verletzen, dessen Kinder nicht zum Bösen zu verführen.

2. Als Schuldverhältnisse haben auch die Verpflichtungen nicht zu gelten, welche aus dem Personenrecht, etwa dem Recht auf Namen, oder dem persönlichen Familienrechte, z. B. die Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft, § 1353, entspringen.

---

8) Vgl. unten Bd. 3 § 209 Aufl. 4 S. 688.

9) Auch für das heutige Recht wird eine durchgängige Trennung von Schuld und Haftung vertreten von Isay, Iher. Jahrb. 48 S. 182 f. Die geistreichen Ausführungen sind in vielem bedenklich; vgl. noch Bekker in der Savigny-Zeitschr. In engerem und m. E. richtigerem Sinne gebraucht den Begriff Haftung Siber, Iher. Jahrb. 50, 169 f.; Krit. Vierteljahrsschr. 46, 531 f. Vgl. auch Dümchen in Iherings Jahrb. Bd. 54 S. 355 ff.

Gleiches ist für Ansprüche aus Sachenrechten grundsätzlich anzunehmen:[10] Sie begründeten in Rom actiones in rem im Gegensatz zu den actiones in personam. An die letzteren schloß sich das römische Obligationenrecht an, die ersteren gehörten dem Sachenrecht zu. Das System des B.G.B. fußt auf demselben Gegensatze. Damit wird nicht geleugnet, daß einzelne Vorschriften über Schuldverhältnisse, z. B. über Verzug auf dingliche Ansprüche Anwendung finden.[11]

3. Keine „Schuldverhältnisse" im Sinne des B.G.B. sind endlich bloß soziale, bloß ethische, bloß religiöse Verpflichtungen.[12] Ob nur eine Verbindlichkeit solcher Art oder auch eine Rechtspflicht entstanden ist, ergibt letztlich die allgemeine Verkehrsauffassung; daß ein vermögensrechtliches Interesse des Berechtigten an der Verpflichtung besteht, fällt hierbei vor allem in das Gewicht.[13]

§ 2. Die Gesetzesnormen über Obligationenrecht.

I. Seit dem 1. Januar 1900 ist das zweite Buch des B.G.B. die Hauptquelle bezüglich des deutschen Obligationenrechts.

Sie ist dies aber keineswegs ausschließlich. Vielmehr werden noch andere Quellen dauernd für das Obligationenrecht gelten, und das alte Recht regelt fortgesetzt die bereits am 1. Januar 1900 begründeten Schuldverhältnisse, also für eine längere Übergangszeit.

II. Neben dem B.G.B. haben sich erhalten

---

10) Auf Grund seines Eigentums am Grundstück steht dem Eigentümer die Befugnis zur Abwehr unzulässiger Eingriffe durch dingliche Klage zu (§§ 905 ff., 1004). Das Recht auf Schadensersatz wegen solcher Eingriffe aber erwächst zwar auf der Grundlage des Eigentums, ist jedoch obligatorischer Natur, da es auf besonderem deliktischem Tatbestande beruht, so daß es ein Schuldverhältnis zwischen dem Schädiger und dem beschädigten Eigentümer begründet. Kam.Ger. in Rechtspr. d. O. L. G. Bd. 3 S. 291. — Vgl. Rehbein, B. G. B. S. 10 Abschn. 1.

11) In den Kommissionsberatungen machten sich verschiedene Ansichten geltend, vgl. Planck S. 4. Siehe über die Frage Rümelin im Archiv f. civ. Praxis Bd. 68 S. 192 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 1 Anm. 2.

12) Mehrfach erfahren die sittlichen und die Anstandspflichten Berücksichtigung im B. G. B. Der Vater, wie der Ehegatte, Vormund, Vorerbe und Testamentsvollstrecker können als gesetzliche Vertreter zur Erfüllung solcher Pflichten schenken, während von ihnen in der Regel Schenkungen aus dem Vermögen des Vertretenen nicht bewirkt werden können, §§ 1446, 1641, 1804, 2113, 2205, 2207, 2330. — Die Rückforderung der Bereicherung § 814, die Rückforderung und der Widerruf einer Schenkung § 534 wird durch solche Pflichten ausgeschlossen. — Über den Unterschied von wirtschaftlichem und vermögensrechtlichem Interesse Hölder, Krit. Viert. 45, 228 f.

13) Näheres bei den Verträgen § 84.

1. Reichsgesetze. Sie haben ein verschiedenes Verhältnis zum B.G.B.

a) Die eine Klasse machen die Reichsgesetze aus, welche in neuer Fassung gleichzeitig mit dem B.G.B. in Kraft getreten sind, vor allem das H.G.B.[1], ferner die Konkursordnung, beide mit ihren Einführungsgesetzen.

Für das H.G.B. bestimmt dessen Einführungsgesetz im Art. 2, daß das B.G.B. zur Anwendung kommt, soweit nicht das H.G.B. und das zugehörende Einführungsgesetz anderes bestimmen.

Das B.G.B. ist also namentlich auch auf Handelssachen anzuwenden, soweit nicht das H.G.B. oder das Einführungsgesetz besondere Vorschriften ausdrücklich oder mittelbar für die Handelssachen ergeben. Entsprechendes muß für die Konkursordnung gelten. Beide Gesetze sind in ihrer neuen Fassung auf das B.G.B. gebaut, setzen es überall voraus und bilden sachlich eine Ergänzung des B.G.B.

b) Neben dem B.G.B. sind die älteren Reichsgesetze in Kraft geblieben, soweit sich nicht aus dem B.G.B. oder dessen Einführungsgesetz etwas anderes ergibt[2], Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 32.

Gesetze, welche sich hiernach erhalten haben und die in das Obligationenrecht einschlagen, sind vornehmlich die Wechselordnung, die Gewerbeordnung, das Postgesetz, die Arbeiterversicherungsgesetze, das Genossenschaftsgesetz, das Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, das Depotgesetz und das (geänderte) Börsengesetz, das Gesetz über unlauteren Wettbewerb, das Gesetz über Abzahlungsgeschäfte.

---

1) Art. 1 Abs. 1 Einf.Ges. z. H. G. B. v. 10. Mai 1897. — Gemäß Art. 1 Abs. 2 dieses Artikels sind die §§ 59 bis 83 H. G. B. mit Ausnahme des § 65 H.G.B. bereits am 1. Januar 1898 in Kraft getreten, und damit sind vom nämlichen Zeitpunkt an die §§ 842 bis 846 B. G. B., welche in § 62 Abs. 3 des H. G. B. in Bezug genommen werden, in Ansehung der Schadensersatzansprüche von Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen (§ 76 H.G.B.) zur Wirksamkeit gelangt. — Durch die Worte in § 75 Abs. 2 Satz 2 H. G. B. „die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Herabsetzung einer unverhältnismäßigen Vertragsstrafe bleiben unberührt" ist jedoch § 343 B. G. B. seit 1. Januar 1898 noch nicht in Kraft getreten, Deutsche Jur. Ztg 1898 S. 312 — s. auch ebenda S. 304, sowie R. G. in Jur. Woch. 1898 S. 665 Nr. 28 und in Jur. Woch. 1899 S. 599, ferner Staub, Komm. 8. Aufl. Bd. I S. 344 ff. Anm. 6 und 10 zu § 75.

2) Aufgehoben ist z. B. das Zinsgesetz v. 14. November 1867, abgeändert z. B. das Haftpflichtgesetz — Art. 39, 42 Einf. Ges. Unberührt sind dagegen z. B. die Staatsverträge des Reichs mit einem ausländischen Staate geblieben, vgl. auch bezüglich der Staatsverträge eines Bundesstaats mit einem ausländischen Staat, Art. 56 des Einf. Ges.

Das Verhältnis der Bestimmungen des B.G.B. zu diesen Gesetzen kann im einzelnen zweifelhaft werden.

Soweit sich in ihnen „Verweisungen" auf aufgehobene Gesetze finden, treten die Vorschriften des B.G.B. an deren Stelle, Einf.G. z. B.G.B. Art. 4. Dies ist eine besondere und eingeschränkte Vorschrift. Aber auch hiervon abgesehen, haben zahlreiche Bestimmungen des B.G.B. den Zweck, allgemein im Zivilrecht zur Anwendung zu kommen, also auch bezüglich der durch ältere Reichsgesetze geregelten Vorschriften.[3] Dies ist z. B. für die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, über Fristen und Termine anzunehmen. Soweit aber allgemeine Bestimmungen des B.G.B. mit der Eigenart der erhaltenen älteren Gesetze nicht übereinstimmen, bleiben die des alten Rechts bestehen, in denen sie wurzeln. Die Vorschrift z. B. des § 126 des B.G.B., daß schriftliche Urkunden „eigenhändig" unterzeichnet sein müssen, ist auf die Unterzeichnung der Wechsel nicht anzuwenden[4]; denn die Formvorschriften der Art. 4 Ziff. 5 und Art. 96 Ziff. 5 der W.O. sind als erschöpfende anzusehen und wissen von der Eigenhändigkeit der Unterschrift nichts.

[c) Später erlassene Gesetze, wie das Scheckgesetz, das Gesetz über den Verlagsvertrag, das Gesetz über den Versicherungsvertrag sind neben das B.G.B. getreten. Sie fügen sich in die Kodifikation des bürgerlichen Rechts ein. Deshalb kommen auf diesen durch neue Reichsgesetze im einzelnen geregelten Gebieten die allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. zur Anwendung.]

2. Auch dem Landesrechte sind erhebliche Gebiete des Obligationenrechts verblieben.

Nach Art. 95 des Einf.Ges. ist das Gesinderecht im wesentlichen in seinem bisherigen Stande verblieben; es ist in altväterlich patriarchalischem Sinne landesgesetzlich geregelt, und man scheute sich,

---

3) Die Neuredaktion einer Anzahl von Reichsgesetzen im E. G. z. B. G. B. verfolgt den ausgesprochenen Zweck, das neue Recht des B. G. B. mit den aufrecht erhaltenen Reichsgesetzen in Einklang zu bringen. Daher sind die allmeinen Vorschriften des B. G. B. sowohl im ersten Buch wie im zweiten Buch Abschnitt 1 auch auf die in Einzelgesetzen aufrecht erhaltenen Materien anwendbar, soweit nicht Inhalt und Zweck des Einzelgesetzes entgegenstehen. So ist z. B. § 254 B. G. B. bei Schadensersatzklagen aus § 1 und aus § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes bei mitwirkendem Verschulden des Beschädigten zugrunde zu legen. R. G. 24. Nov. 1902 Bd. 53 S. 75, 28. Mai 1906 Bd. 63 S. 332.

4) Vgl. oben Bd. 1 § 136 Anm. 18.

es dem großen Läuterungsfeuer der Reichsgesetzgebung zu unterwerfen, so eifrig dies sozialdemokratische Stimmen begehrten.

Nach Art. 76 E.G. war das Verlagsrecht der landesgesetzlichen Regelung vorbehalten. Das Bedürfnis nach einer reichsgesetzlichen Regelung zeigte sich jedoch bald um so mehr, als nur Preußen, Baden und Sachsen gesetzliche Bestimmungen über das Verlagsrecht besaßen. Im Anschluß an das Reichsgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19. Juni 1901 erging unter demselben Datum das Reichsgesetz über das Verlagsrecht.[6]

Auch Obligationen, welche Gebieten des öffentlichen Rechts zugehören, verblieben den Landesgesetzen, insbesondere die Entschädigungsforderungen bei Enteignungen, sowie in Fällen eines Aufruhrs[7], E.G. Art. 107 ff.

Was die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. auf die dem Landesrechte vorbehaltenen Gebiete anlangt, so gilt dasselbe wie für die erhaltenen älteren Reichsgesetze. Sie sind keinenfalls auf die durch das Landesrecht geregelten Verhältnisse anzuwenden, soweit das alte Recht zum Bestandteil jener vorbehaltenen Rechtsbestimmungen geworden ist. Beispielsweise nahm man bezüglich der preußischen Gesindeordnung an, da die Gründe der Kündigung, welche besonders in diese Ordnung aufgenommen sind, eng und nicht ausreichend bemessen waren, daß der allgemeine Grundsatz des A.L.R. I, 5 §§ 408 ff., wonach man von Verträgen über Handlungen einseitig zurücktreten kann, bei Gesindeverträgen Anwendung fände. Obgleich diese Vorschrift des A.L.R. für die Regel nach B.G.B. nicht mehr besteht, so muß sie sich doch für das Gesindeverhältnis infolge des Zusammenhangs mit dessen Ordnungen erhalten.[8. 9]

---

5) Das Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 betrifft hauptsächlich nur die verwaltungsrechtliche Seite des Versicherungswesens. Dagegen ist, abgesehen von den Normativvorschriften für die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, die Regelung des privatrechtlichen Versicherungsvertrags einem späteren, 1908 erlassenen, Gesetze vorbehalten. Vgl. über das Reichsges. v. 12. Mai 1901 Zehnter in D.Jur.Ztg. 1901 S. 225; Lessing in Sächs.Arch. Bd. 12 S. 1; die Arbeiten von Manes, Alexander-Katz, Müller und Neumann sowie Brauchitsch, Preuß. Verwaltungsgesetze 5. Bd. 7. Aufl. S. 949 ff. mit ausführlichem Literaturnachweis.

6) Das H.G.B. enthält in § 1 Abs. 2 Nr. 8 die Bestimmung, daß ein Gewerbebtrieb, welcher Verlagsgeschäfte zum Gegenstande hat, als Handelsgewerbe zu gelten hat.

7) Vgl. insbesondere das Preuß. sog. Tumultsgesetz vom 11. März 1850.

8) Striethorst Archiv Bd. 81 S. 262, vgl. unten § 8.

[9) Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu im Verhältnis des preuß. Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 zu dem

III. Dem bisherigen Recht[10] unterstehen die Schuldverhältnisse, welche vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind, auch nachher.

So bestimmt Einf.Ges. Art. 170 entsprechend einem allgemeinen Grundsatze, welchen Rechtswissenschaft[11], Praxis und Gesetzgebung anerkannt haben.[12]

Im einzelnen ergeben sich Zweifel. Erschöpfend können sie freilich an diesem Orte nicht gelöst werden. Hervorzuheben ist aber hier:

1. Nicht bloß solche Schuldverhältnisse richten sich nach dem alten Recht, welche durch Verträge oder andere besondere Rechtstitel begründet sind, sog. erworbene Rechte[13], sondern auch diejenigen, welche ohne diese infolge des Gesetzes erwuchsen, insbesondere die Rechtsfolgen unerlaubter Handlungen. Denn das Gesetz unterscheidet in dieser Hinsicht nicht. Dies entspricht auch der in der gemeinrechtlichen Wissenschaft zuletzt überwiegend vertretenen Ansicht.

2. Es muß aber das Schuldverhältnis bereits begründet sein. Gehören hierher auch vor dem 1. Januar 1900 vereinbarte bedingte vertragliche Verpflichtungen, wenn deren Bedingung erst nachher in Erfüllung ging? Es ist dies zu bejahen, denn wenn das Schuldverhältnis auch seine Wirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung übt, B.G.B. § 158, so ist es doch schon mit dem Vertrag entstanden.

Eine vor dem 1. Januar 1900 nach den Vorschriften des bisherigen Rechts klagbare Wette würde daher trotz B.G.B. § 762 klagbar sein, wenn sich die Bedingung der Wette erst nach jener Zeit entschiede.[14]

Handelt es sich um eine unerlaubte Handlung, deren schädliche Wirkung erst nach dem 1. Januar 1900 hervortritt, so muß ebenso das alte Recht gelten.[15]

---

früheren Recht. Es liegt daher kein Grund vor, die Anwendbarkeit der §§ 254, 278 B.G.B. im Bereiche dieses Gesetzes zu verneinen (A.M. R.G. 3. Mai 1906 Bd. 63, 270. Zweifelnd R.G. 24. Oktober 1907 Bd. 66 S. 402). Über die Frage, ob für die Form der Gesindeverträge das Landesrecht oder das Reichsrecht maßgebend ist, siehe unten Abteilung 2 § 312.]

10) Über den Begriff der „bisherigen Gesetze" vgl. R.G. v. 13. November 1901 Jur.Woch. 1902 S. 67.

11) Savigny, System Bd. 8 S. 433.

12) Da dies reichsrechtlich durch Art. 170 festgelegt ist, so können die Landesgesetze insoweit nicht mehr authentisch deklarieren oder mit rückwirkender Kraft bestimmen.

13) Selbstverständlich bilden keineswegs Vertragsfolgen jeder Art Schuldverhältnisse. Vgl. über den Adoptionsvertrag O.L.G. Jena Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 5 S. 353.

14) Gleicher Ansicht R.G. v. 30. Dez. 1902, Jur.Woch. 1903 Beilg. 4 S. 31.

15) Vgl. Bayr. Obst. L.G. v. 22. Dezember 1902 und v. 14 Dezember

3. Wie aber, wenn ein Geschäft, welches früher als zulässig galt, vom neuen Recht als gegen die guten Sitten verstoßend erachtet und um deswillen als unwirksam erklärt wird?

Man wird auch in diesem Falle das neue Recht nicht ohne weiteres anzuwenden haben. Die Anschauung der Zeiten über das, was gegen die guten Sitten verstößt, sind wandelbar, und damit wandelt sich auch das Recht in dieser Hinsicht.[16]

Gleichwohl wird man für die Regel anzunehmen haben, daß das Gesetz nicht um der neu gewonnenen Auffassung willen bestehende Rechte umwerfen will, daß es vielmehr Gewordenes respektiert und sich damit begnügt, künftige Geschäfte zu verhindern, welche es mißbilligt. Nur wenn der Wille der Rückwirkung zutage liegt, ist anders zu entscheiden.[17]

4. Wie die Entstehung eines vor dem 1. Januar 1900 begründeten Schuldverhältnisses nach altem Rechte zu beurteilen ist, so insbesondere auch die Frage seiner Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Unwirksamkeit; dies gilt z. B. für die Anfechtung eines unter seiner Herrschaft geschlossenen Vertrags wegen Verletzung über die Hälfte, einer Schenkung wegen Verarmung des Schenkers, eines Kaufgeschäfts wegen Mängel.

1904 Recht Bd. 7 S. 81 und Bd. 9 S. 81 sowie R.G. v. 16. Februar 1906 Recht Bd. 10 S. 754. R.G. vom 3. Juli 1902 Bd. 52 S. 119 findet jedoch: Wenn eine unerlaubte Handlung zwar vor dem Inkrafttreten des B.G.B. begangen, der schädliche, ein Schuldverhältnis erzeugende Erfolg aber erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten ist, z. B. ungenügende Verwahrung gegen Feuersgefahr, so ist das neue Recht anwendbar; hingegen greift das frühere Recht Platz, wenn Handlung oder Unterlassung an sich eine Rechtsverletzung des Beschädigten begründen, z. B. Erteilung eines falschen Rates, vorzeitige Löschung einer Hypothek, so daß der Erfolg nur die Tragweite der Schädigung bestimmt. Vgl. auch O.L.G. Colmar Puchelts Zeitschr. Bd. 37 S. 151.

16) Die vor dem 1. Januar 1900 begründete Heiratsprovisionsforderung behält trotz § 656 B.G.B. ihre Klagbarkeit (so die feste Praxis der Oberlandesgerichte und R.G. vom 4. März 1902 bei Gruchot Bd. 46 S. 908).

17) Dieser Auffassung entspricht das Erkenntnis des R.G. in der Deutschen Juristenzeitung 1899 n. 1 S. 21, vgl. Staub daselbst S. 15. — Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts erleidet der Grundsatz des Art. 170 eine Einschränkung dahin, daß solche Bestimmungen des B.G.B. sofort Anwendung finden, welche dergestalt einen reformatorischen oder prohibitiven Charakter haben, daß anzunehmen ist, der Gesetzgeber habe deren Anwendung auch auf schon vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes begründete Rechtsverhältnisse aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls gewollt. R.G. vom 2. Juli 1901 Jur.Woch. 1901 S. 639; Entscheidung d. R.G. Bd. 42 S. 97, 43 S. 23. Dies ist auch angenommen für wucherische Geschäfte von R.G. Bd. 47 S. 103.

Die Auslegungsregeln ferner des alten Rechts, insbesondere des A.L.R. sind auch nach dem 1. Januar 1900 für früher entstandene Schuldverhältnisse maßgebend.

Selbstverständlich richtet sich auch die Erfüllung des Schuldverhältnisses insbesondere bezüglich der Zeit und des Ortes der Erfüllung, nach dem Rechte seiner Entstehung.

Nach dem alten Rechte bestimmen sich überhaupt die Wirkungen des unter seiner Herrschaft entstandenen Schuldverhältnisses, auch wenn es sich um solche handelt, die sich nach dem Inkrafttreten des B.G.B. entwickeln.

5. Gilt dies auch für die Form und die Wirkung neuer juristischer Tatsachen, welche sich unter der Herrschaft des B.G.B. vollziehen, aber zur Zeit seines Inkrafttretens bestehende Schuldverhältnisse betreffen?

a) Im allgemeinen ist auch hinsichtlich solcher Tatsachen das Recht der Entstehungszeit des Schuldverhältnisses maßgebend.

So z. B. für die Voraussetzung und Folge des Verzugs[18], für die Form und Wirkung der Kündigung, für die Folgen der erst nach dem 1. Januar 1900 eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung.[19]

b) Es gibt aber juristische Tatsachen, welche zwar ein bestehendes Schuldverhältnis verändern, aber derart selbständiger Natur sind, daß es unnatürlich und rechtsverwirrend wäre, wenn man nicht das Recht der Zeit, in welcher sie sich vollziehen, zur Anwendung bringen würde. Das muß daher als Wille des Gesetzes erachtet werden.

So wird es sich z. B. mit einer noch ausstehenden Genehmigung verhalten.

Insbesondere ist ferner Form und Wirkung der Abtretung einer Forderung nach der Zeit der Abtretung zu beurteilen, dagegen entscheidet über die Abtretbarkeit der Forderung allerdings das Recht der Zeit ihrer Entstehung. [Daher ist z. B. ein unter der Herrschaft des alten Rechts entstandener Anspruch aus einem Gesellschaftsverhältnis trotz § 717 Abs. 1 des B.G.B. nach dem 1. Januar 1900

---

18) R.G. vom 10. Oktober 1902 Bd. 52 S. 261; RG. vom 23. Mai 1903 bei Gruchot Bd. 47 S. 984 und vom 17. Juni 1904 Recht Bd. 8 S. 554; Kam.Ger. R. d. O.L.G. Bd. 6 S. 230.

19) O.L.G. Hamburg vom 10. Februar 1903 Hans.Ger.Ztg. 1903 Hauptblatt S. 98.

übertragbar. Denn dem gemeinen Recht war die Unübertragbarkeit des Gesellschaftsanspruchs fremd.[20]]

Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß diejenigen Tatsachen, welche die Erfüllung ersetzen, daß insbesondere Leistung an Erfüllungsstatt, öffentliche Hinterlegung, der Erlaß der Schuld sowie eine Aufrechnung nach dem Rechte der Zeit, in welchem sie sich vollziehen, zu beurteilen sind. Dagegen ist die Zulässigkeit der Aufrechnung nach altem Rechte zu beurteilen.[21]

[Man wird sagen können, daß alle Tatsachen, welche auf Inhalt und Umfang des fortbestehenden Schuldverhältnisses einwirken, demselben Recht unterliegen, wie das Schuldverhältnis selbst, daß dagegen die Tatsachen, welche das Schuldverhältnis selbst aufheben oder nur seine subjektive Beziehung ändern, nach dem Gesetze, das zu ihrer Zeit gilt, beurteilt werden müssen.]

6. Einige besondere Vorschriften über die Anwendung des neuen Rechts auf bestehende Schuldverhältnisse sind im Einf.Ges. getroffen, und zwar

a) für Miet-, Pacht- und Dienstverhältnisse, Art. 171 und 172,

b) für Gemeinschaften nach Bruchteilen, Art. 173,

---

[20] R.G. vom 25. Januar 1905 Recht Bd. 9 S. 974 und Sächs.Arch. Bd. 15 S. 604. — Die Rechtswirksamkeit eines vor dem 1. Januar 1900 vereinbarten Zessionsverbotes ist auch dann nach altem Recht zu beurteilen, wenn die Zession selbst erst nach dem 1. Januar 1900 getätigt ist, R.G. vom 4. April 1905 Recht Bd. 9 S. 283.]

21) Auch die Motive zum Einf.Ges. S. 256 werfen die Frage auf, inwieweit Tatsachen, die für ein älteres Schuldverhältnis von Bedeutung sind, nach dem neuen Rechte zu beurteilen sind, wenn sie unter dessen Herrschaft eintreten. Sie unterscheiden, ob die Tatsache in einem solchen Zusammenhange mit dem Schuldverhältnisse steht, daß sie erst durch dieses ihre rechtliche Bedeutung erhalten und ihre Einwirkung gleichsam als eine innere Entwickelung des Schuldverhältnisses sich darstellt, oder ob die Tatsache eine solche ist, welche an das Schuldverhältnis von außen herantritt und mit dessen konkreter Beschaffenheit in einem bedingten Zusammenhange nicht steht. Das ist wenig klar. — Cosack Bd. 1 S. 387 Zusatz II will unterscheiden die Wirkungen eines neuen Rechtsgeschäfts auf das alte Recht; sie seien nach altem Rechte zu beurteilen, und die positiven Wirkungen des neuen Rechtsgeschäfts, sie sollen dem neuen Rechte folgen. Auch dies ist unbefriedigend. Eine solche Trennung ist nicht durchführbar. Nach gemeinem Rechte nahm man z. B. überwiegend an, daß der Gläubiger, wenn ihm das an Erfüllungsstatt Gegebene entwährt wurde, die Wahl habe, ob seine Forderung als fortbestehend gelten solle, oder ob er wegen Entwährung des an Erfüllungsstatt Gegebenen sein Interesse fordern wolle. Nach B.G.B. § 362 hat der Gläubiger nur das letztere Recht. Wenn nun unter der Herrschaft des neuen Rechts etwas auf eine ältere Schuld an Erfüllungsstatt gegeben und dann entwährt wird, darf dann der Gläubiger die Schuld als fortbestehend behandeln oder nicht? Mit dem Prinzip von Cosack läßt sich dies nicht entscheiden. — Vgl. auch Goldmann und Lilienthal a. a. O.

c) für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, Art. 174.
Darüber ist bei jenen Rechtsverhältnissen das Nähere auszuführen.

§ 3. Die Obligation und die Klage. Unvollkommene Verbindlichkeiten.

I. Die Obligation ist in der Regel mit dem Rechte zur Klage ausgerüstet. Diese bildet das wichtigste Mittel ihrer Verwirklichung.[1]

Nach dem Sprachgebrauche des B.G.B. ist eine „Verbindlichkeit" nur vorhanden, wo das Klagerecht besteht, vgl. z. B. §§ 656 und 762.

Doch vermeidet das B.G.B. grundsätzlich, von Klage und Klagerecht zu sprechen. Denn sein bürgerliches Recht sollte möglichst rein von öffentlichrechtlichen Zutaten geordnet werden. Meist bedient es sich der Wendung, man sei befugt, eine Leistung zu „verlangen", um die Klageberechtigung zu bezeichnen[2], vgl. z. B. § 808 Abs. 1, § 809.

II. Außer den klagbaren kennt das B.G.B. klaglose Obligationen.[3] Dies sind solche, welche zwar der Klage entbehren, aber nicht ohne jede rechtliche Wirksamkeit sind, so daß sie namentlich einer neuen Verbindlichkeit zugrunde gelegt, durch Pfand oder Bürgen versichert werden können, vor allem aber mit der Folge erfüllbar sind, daß eine Rückforderung der geschehenen Leistung ausgeschlossen ist.[4]

S. 8; R.G. vom 9. Februar und 17. Dezember 1901; Jur.Woch. 1901 S. 181 und 1902 S. 68; vgl. R.G. vom 3. und 17. Dezember 1901 Jur.Woch. 1902 S. 68 und Entsch. Bd. 50 S. 38.

1) Silber, Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Recht 1903. Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten 1905. Er bezeichnet diese Obligationen als wirkliche Schuldverhältnisse, die sich nur dadurch von der normalen Obligation unterscheiden, daß das Leistensollen des Schuldners bei ihnen nicht zu einem Haftungsverhältnis gesteigert ist. Eine neue und geistvolle Verwertung des Gegensatzes von Schuld und Haftung. A.L.R. Einl. 89 erklärt: „Wem die Gesetze ein Recht geben, dem bewilligen sie auch die Mittel, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann." Hierauf führte man im preußischen Rechte die Klagbarkeit der Forderung zurück.

2) Aus der Klageberechtigung folgt nicht unbedingt das Recht auf Zwangsvollstreckung. Denn die Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage gewährt einen Vollstreckungszwang durch Geldstrafe oder Haft nicht. § 888 Abs. 2 Z.P.O.

3) Ubbelohde zum B.G.B. „die klaglosen Schuldverhältnisse" in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 217.

4) Vgl. B.G.B. § 814 am Ende. Die Ausschließung der condictio indebiti ist wie im bisherigen Recht auf unvollkommene Verbindlichkeiten wie auf bloße Anstandspflichten zu beziehen. Den Standpunkt des E. I § 737 erläutern die Motive Bd. 2 S. 832: „Ist zur Erfüllung einer nicht vorhandenen Rechtspflicht geleistet, so kommt das Vorhandensein einer im allgemeinen als Verpflichtung überhaupt nicht anerkannten unvollkommenen

In ähnlicher Weise unterscheiden die römischen Juristen civiles obligationes, d. h. klagbare, und bloß naturales, d. h. solche ohne Klagbarkeit.[5]

Demgemäß kann man auch die klaglosen Verbindlichkeiten des B.G.B. natürliche nennen, wenn man sich dem römischen Sprachgebrauch anschließen will. Zutreffender wird man von unvollkommenen Verbindlichkeiten sprechen.[6]

Diese sind von verschiedener Art und haben verschiedene Wirkungen.

1. Einige Verbindlichkeiten mißbilligt das Gesetz, so daß es jeden Zwang zu ihrer Erfüllung verwirft. Dennoch sind sie erfüllbar, womit die Rückforderung des zur Erfüllung Geleisteten ausgeschlossen ist.

Hierher gehört das auf Grund eines Spiels oder einer Wette Zugesagte, § 762, wie auch Differenzgeschäfte, § 764.[7]

Wegen solcher Verbindlichkeiten ist nicht bloß die Klage versagt und einseitige Aufrechnung seitens des Gläubigers der unvollkommenen Verbindlichkeit. Auch Bürgschaft für sie ist unwirksam, nicht minder jede andere auf sie gebaute Schuld.[8] Eine Wechselschuld z. B., mag sie zahlungshalber oder an Erfüllungsstatt übernommen sein, unterliegt — unvorgreiflich der Rechte gutgläubiger Indossatare — der Einrede des Spiels.[9].[10] Auch kann das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit gegebene Akzept zurückgefordert werden.[11]

Verpflichtung nicht in Betracht, soweit nicht für bestimmte Verhältnisse aus besonderen Gründen die condictio indebitii versagt ist." Das ist durchaus geändert.

5) Dernburg, Pand. Bd. 2 §§ 4 ff.

6) Das A.L.R. legt diesem Ausdruck allerdings eine andere Bedeutung, Einl. § 86, bei, gebraucht ihn aber I, 16 § 179 in dem Sinn, in dem er hier verwendet wird.

7) Dies soweit sie nicht nach dem Börsengesetz und Art. 14 n. V des Einf.Ges. zum H.G.B. klagbar sind.

8) Die Rechtsprechung lehnt sich fast ausschließlich an das Börsentermingeschäft an, behält aber auch nach Abänderung des Börsengesetzes ihre praktische Bedeutung. R.G. Bd. 1 S. 130, Bd. 35 S. 288, Bd. 38 S. 238 und S. 251, Jur.Woch. 1900 S. 495 n. 7; R.G. vom 2. Juli 1901 und vom 3. Okt. 1903 und Bd. 49 S. 192, D.Jur.Ztg. 1903 S. 526. Der Wett- oder Spielauftrag begründet für den Kommissionär einen Anspruch auf Provision seiner Aufwendungen nicht. R.G. vom 5. April 1902 Bd. 51 S. 156.

9) Dies ist später zu rechtfertigen. Vgl. Jur.Woch. 1895 S. 306 n. 47; R.G. vom 6. Mai 1899 Sächs.Arch. Bd. 10 S. 41; R.G. vom 11. Januar 1900 Jur.Woch. 1900 S. 157 n. 20; R.G. vom 1. März 1901 Jur.Woch. 1901 S. 285 n. 1.

10) Über Bestellung eines Pfandes vgl. unten Bd. 3 § 266 I, 3 der 3. Aufl.

Dagegen die Erfüllung, wie auch eine Leistung an Erfüllungsstatt [12] und eine vertragsmäßige Aufrechnung [13] sind rechtsbeständig. Sie bilden Tilgung der Verpflichtung des Spielers, keineswegs eine Schenkung, § 762.

Gleiche Sätze sind für den Ehemäklerlohn, § 656 Abs. 1, anzunehmen.

Da das Gesetz den Rechtszwang aus solchen Verträgen mißbilligt, so ist deren Unwirksamkeit im Prozesse von Amts wegen, insbesondere auch im Versäumnisverfahren, zu berücksichtigen.

2. Anders liegen die Fälle unvollkommener Verbindlichkeiten, in welchen das Recht die Klage verweigert, ohne daß den Verbindlichkeiten damit ein Makel anhaftet.

a) Hierher gehören verjährte Forderungen. Nach § 222 kann das zur Befriedigung einer verjährten Forderung Geleistete nicht zurückgefordert werden und gilt als Erfüllung, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt wurde. Desgleichen ist auch das vertragsmäßige Anerkenntnis einer verjährten Schuld [14], sowie deren Sicherung durch Bürgen oder Pfand rechtsbeständig.

b) In mehreren Fällen ist die gerichtliche Verfügung über einen Anspruch von dessen vorgängiger Geltendmachung bei Verwaltungsbehörden innerhalb bestimmter Fristen abhängig, so daß Fristversäumnis Verlust des Klagerechts nach sich zieht, vgl. B.G.B. § 220 Abs. 1. Auch hier bleibt aber die Verbindlichkeit als eine unvollkommene bestehen, die erfüllt und versichert werden kann.[15]

---

11) R.G. vom 3. Oktober 1903 D.Jur.Ztg. S. 526 n. 109; O.L.G. Braunschweig Seuff.Arch. Bd. 61 S. 187.

12) Eine Vereinbarung, welche bezweckt, eine Spielschuld durch Hingabe an Zahlungsstatt zu tilgen, ist dann nicht rechtsbeständig, wenn sie nicht eine endgültige Lösung des Schuldverhältnisses herbeiführt, sondern eine persönliche Verpflichtung des Schuldners bestehen läßt oder neu begründet, z. B. Hingabe einer Hypothek an Zahlungsstatt. R.G. vom 25. April 1900 Bd. 47 S. 48.

13) R.G. Bd. 38 S. 238, Bd. 1 S. 129; R.G. vom 15. Januar 1903 Jur. Woch. 1903 Beilg. 4 S 35.

14) [Ist kein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 und bedarf daher nicht der Schriftform (wie O.L.G. Posen vom 8. Januar 1906 Jur.Mon. f. Posen 1906 S. 28 annimmt). Jedenfalls liegt in dem Anerkenntnis oder Zahlungsversprechen ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung, der zu seiner Gültigkeit nicht der Schriftform bedarf, O.L.G. Braunschweig Recht Bd. 8 S. 164. Vgl. Kohler, Lehrb. I S. 242.]

15) Vgl. Reichsanzeiger Beilageheft 1896 S. 140.

c) Eine unvollkommene Verbindlichkeit, die zu dieser Gruppe gehört, begründet auch § 1624 B.G.B. für die Ausstattung eines Kindes.

d) Streitig ist, ob ein Zwangsvergleich im Konkurse die betroffenen Forderungen schlechthin aufhebt oder ihnen nur das Klagerecht entzieht. Das letztere ist das Richtige. Denn damit werden die durch den Zwangsvergleich verfolgten Zwecke genügend erreicht, ein weiteres Eingreifen in das materielle Recht wäre also überflüssig und kann nicht unterstellt werden. Damit stimmt überein, daß trotz des Zwangsvergleichs die Bürgen des Gemeinschuldners in voller Höhe der Schuld verhaftet bleiben und daß die Rechte aus einem für die Forderung bestehenden Pfandrechte nicht berührt werden, Konk.O. § 193. Auch der Zwangsvergleich läßt also eine unvollkommene Obligation bestehen.[16]

Von Amts wegen ist bei dieser Gruppe unvollkommener Obligationen der Mangel des Klagerechts im Prozesse nicht zu beachten. Nur in den Fällen, in welchen ein administrativer Bescheid vor der Klageerhebung einzuholen ist, verhält sich dies, weil das öffentliche Recht beteiligt ist, anders.

III. Verschieden von den unvollkommenen Rechtspflichten sind *bloß ethische und soziale Verbindlichkeiten.*

Allerdings kann das zum Zweck ihrer Erfüllung Geleistete so wenig zurückgefordert werden, wie dasjenige, was auf eine unvollkommene Verbindlichkeit geleistet wurde. Denn § 814 betrifft beides.

Doch ist der Unterschied, daß das auf eine unvollkommene Verbindlichkeit Geleistete *wahre Erfüllung* einer Schuld bildet, was aber bloß nach Anstand und Sitte gewährt war, als *Schenkung* gilt, vgl. B.G.B. § 534.

Bloße Anstandspflichten sind z. B. Unterstützung notleidender Verwandter, wenn man ihnen gegenüber nicht unterhaltspflichtig ist, Remunerationen an Angestellte bei einem besonders günstigen Geschäftsschluß durch den Geschäftsherrn. Hierin liegen Schenkungen.

---

16) Vgl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 279, Jur.Woch. 1898 S. 545 n. 15. Dagegen freilich Motive Bd. 2 S. 833. Allein ihre Äußerung bezieht sich auf E. I § 737, sie hat nach dessen Abänderung keine Bedeutung mehr, vgl. oben Anm. 4. — Auch kann eine vom Konkursverwalter irrtümlich geleistete Auszahlung einer festgestellten Konkursforderung selbst nicht hinsichtlich desjenigen Betrages zurückgefordert werden, da die auf die Forderung auf Grund des Zwangsvergleichs entfallende Quote übersteigt. O.L.G. Colmar vom 28. April 1903 Recht Bd. 7 S. 294.

§ 4. Schuldverpflichtungen mit beschränkter Haftung.[1]

I. Sich unbegrenzte Möglichkeit des Gewinnes unter begrenztem Risiko zu verschaffen, ist ein Bestreben, welches in der menschlichen Gesellschaft hervortritt, sowie sich die Spekulation in ihr entwickelt.

Ihm vorzugsweise dienen Schuldverpflichtungen mit begrenzter Haftung.

Die römische Obligation ergriff allerdings grundsätzlich die Person des Schuldners und infolgedessen unbeschränkt ihr gesamtes Vermögen, auch nachdem die Personalexekution gegenüber der Realexekution zurücktrat.

Dennoch konnte schon der Römer behufs eines Erwerbsgeschäfts einen begrenzten Teil seines Vermögens auf das Spiel setzen. Zu diesem Zweck überließ er einem Hausuntergebenen ein Sondervermögen — das **peculium** — zur selbständigen Verwaltung. Dann haftete er aus dessen Geschäften quantitativ beschränkt, nämlich nur auf den Betrag des Pekuliums.

Eine andere Weise eingeschränkter Haftung erzeugten die römischen Noxalklagen. Der Hausherr hatte zwar an sich quantitativ unbeschränkt Schadensersatz wegen der Delikte seiner Hausuntergebenen sowie gewisser Schadenszufügungen durch seine Tiere zu leisten, aber er konnte sich dadurch von dieser Verpflichtung befreien, daß er den schuldigen Hausuntergebenen oder das Tier dem Beschädigten zur Sühne — **noxa** — übereignete. Ähnlich war die Haftung des Eigentümers in den Fällen, in welchen ihm wegen der Gefährdung des Nachbarn eine **cautio damni infecti** oblag; es hieß dann **cavere** oder **carere**.

Das ausgehende römische Recht hat dann noch im **beneficium inventarii** einen Fall beschränkter Haftung eingeführt, da der Erbe, welcher rechtzeitig ein gehöriges Inventar über den Nachlaß errichtete, für die Erbschaftsschulden nur bis zum Belaufe des Nachlasses haftete.

II. In höherem Maße entwickelten sich im deutschen und im modernen Rechte Obligationen mit beschränkter Haftung.

War doch die Vorstellung, daß für die Schuld grundsätzlich der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen hafte, dem deutschen Recht ursprünglich fremd.

Vor allem bildeten sich im Handelsrecht und im Seerechte Fälle beschränkter Haftung, da auf deren Gebiet sich deutsches Recht vornehmlich

---

1) Ehrenberg, Beschränkte Haftung 1886.

erhielt, aber auch das Bedürfnis beschränkter Haftung besonders bestand. Im bürgerlichen Rechte kommen Fälle beschränkter Haftung gleichfalls vor.

Die beschränkte Haftung kann quantitativ oder sachlich sein. Die quantitativ beschränkte Haftung verbindet den Schuldner zwar mit seinem ganzen Vermögen, aber nur bis zu einem Höchstbetrage, die sachlich beschränkte verbindet ihn nur mit einzelnen Teilen seines Vermögens.

Den Gegensatz der beschränkten bildet die unbeschränkte Haftung. Es ist ungenau, wenn man die beschränkte Haftung in Gegensatz zur persönlichen Haftung setzt. Denn wer quantitativ beschränkt haftet, steht mit seinem ganzen Vermögen für den begrenzten Schuldbetrag ein, also persönlich.

Doch im Leben und selbst in der Gesetzgebung beachtet man dies häufig nicht.

1. Quantitativ beschränkt haften bei der Kommanditgesellschaft die Kommanditisten bis zur Höhe ihrer festgesetzten Einlage, die anderen Gesellschafter — die Komplementare — haften unbeschränkt.[2] Das H.G.B. § 161 nennt die letzteren im Gegensatze zu den ersteren persönlich haftende Gesellschafter.

Beschränkt haften Aktionäre, sowie Mitglieder von Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Quantitativ beschränkte Haftung im Gebiete des bürgerlichen Rechts findet sich unter anderem bei einer Verbürgung bis zu einem gewissen Höchstbetrag.

Die Beschränkung kann auf eine bestimmte Summe gehen; ihr Betrag kann auch von künftigen Umständen abhängen.

2. Zahlreich sind die Fälle sachlich beschränkter Haftung. Bei ihnen erstreckt sich die Zwangsvollstreckung nicht auf das ganze Vermögen des Schuldners, sondern nur auf die haftenden Bestandteile. Dabei ist aber zu unterscheiden:

a) In einigen Fällen gilt die beschränkte Haftung derart als selbstverständlich, daß sie von Rechts wegen selbst dann eintritt, wenn sie nicht im Urteil vorbehalten wird. So namentlich, wenn der Fiskus als gesetzlicher Erbe verurteilt wird, sowie dann, wenn das Urteil über eine Nachlaßverbindlichkeit gegen einen Nachlaßverwalter oder einen anderen Nachlaßpfleger oder gegen

---

2) Linsmayer in D.J.Ztg. 1903 S. 474 die Haftung des Kommanditisten.

einen Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht, gefällt wird, Z.P.O. § 780 Abs. 2.[3]

b) In der Regel muß die beschränkte Haftung bei Verurteilung des Schuldners vorbehalten werden.

Hat daher der Kläger seinen Klageantrag nicht schon seinerseits bloß auf Verurteilung unter Beschränkung der Zwangsvollstreckung in die haftenden Gegenstände gestellt, so muß der Beklagte mittels Einwendung diese Beschränkung seiner Haftung geltend machen, damit sie ihm im Urteile vorbehalten wird, vgl. Z.P.O. § 780 Abs. 1.[4]

Dies drückt für einen der Hauptfälle B.G.B. § 1990 so aus, daß der Erbe, wenn Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist, die Befriedigung „insoweit verweigern kann, als der Nachlaß nicht ausreicht". Wenn § 1990 im letzten Satze hinzufügt: „Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Zwangsvollstreckung herauszugeben", so heißt dies nichts anderes, als daß er sich die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß gefallen lassen muß, und wenn er daher Nachlaßsachen hinterzieht, dafür haftbar wird.[5]

Entsprechendes gilt im Fall einer allgemeinen Gütergemeinschaft, wenn eine Gesamtgutsverbindlichkeit, für die ein Ehegatte vor der Teilung nicht persönlich haftet, nicht vor der Teilung berichtigt wird, worüber das Nähere im § 1480 enthalten ist.[6]

Sachlich beschränkt haftet ferner, wer durch Vertrag das Vermögen eines anderen übernimmt. Er ist dann neben dem bisherigen Schuldner verpflichtet, aber nur auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Dabei ist gleichfalls § 1990 zur entsprechenden Anwendung zu bringen, § 419 B.G.B. § 786 Z.P.O.

Das B.G.B. hat die Frage offen gelassen, ob man sich bei Eingehung einer beliebigen Schuld vertragsmäßig der-

---

3) Vgl. Kam.Ger. R. d. O.L.G. Bd. 7 S. 134.

4) R.G. vom 15. Dezember 1904 Bd. 59 S. 301. War die Schuld bereits gegen den Erblasser vollstreckbar, so kann der Erbe die beschränkte Haftung durch Einwendung gegen die Zwangsvollstreckung geltend machen, §§ 781, 767 Z.P.O.

5) [Andererseits ist der Erbe nicht verpflichtet abzuwarten, bis der Befriedigung verlangende Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen ihn erwirkt hat; er ist vielmehr auch berechtigt, den Nachlaß ganz oder teilweise zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers freiwillig herauszugeben. O.L.G. Hamburg R. d. O.L.G. Bd. 11 S. 297.]

6) Vgl. § 786 Z.P.O.

art verpflichten kann, daß man nur mit gewissen Vermögensbestandteilen haftet. Dies könnte z. B. praktisch werden, wenn sich der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins, welcher zu dessen Zwecken eine Verbindlichkeit eingeht, vorbehält, daß er nur mit dem Vereinsvermögen haftet.

Die Geltung derartiger Verträge ist nicht in Abrede zu stellen.[7] Auch in diesem Falle muß natürlich der Verpflichtete durch Einwendung einen entsprechenden Vorbehalt im Urteil herbeiführen. Es wird auch hierbei § 1990 entsprechend anzuwenden sein.

Die sachlich beschränkte Haftung *kann* mit einem *Pfandrechte* derart verbunden sein, daß sie die künftigen Besitzer der betreffenden Sachen verpflichtet. Notwendig oder regelmäßig ist dies in Fällen sachlich beschränkter Haftung nicht.

3. Eine besondere Weise sachlich beschränkter Haftung liegt in dem Rechte der *Aufgabe von Vermögensgegenständen* — der *Abandonierung* — um sich hierdurch von einer Verpflichtung *zu befreien*.

Dahin gehört im Fall einer Reederei, daß Mitreeder, welche einem Beschlusse nicht zustimmen, durch welchen Einzahlungen nötig werden, sich in den Fällen des H.G.B. § 501 von der Verpflichtung zur Einzahlung dadurch befreien können, daß sie ihre Schiffsparten ohne Anspruch auf Entgelt aufgeben.

In ähnlicher Weise kann nach dem preußischen Berggesetze vom 24. Juni 1865 bezw. 24. Juni 1892 § 130 der Gewerke seine Verurteilung zur Zahlung des auf ihn entfallenden Betrags der Zubuße durch Überlassung seines Kuxscheines an die Gewerkschaft behufs des Verkaufes abwenden.

§ 5. Anordnung des Rechtes der Schuldverhältnisse.

1. Weit ab vom B.G.B. lag die Behandlungsweise des Obligationenrechts im A.L.R. Denn dieses hat die einzelnen Obligationen im elften Titel seines ersten Teils als sog. Titel für den mittelbaren Eigentumserwerb geregelt, während die allgemeinen Lehren vorzugsweise im fünften Titel unter den Verträgen untergebracht waren. Das B.G.B. dagegen behandelt die Obligationen als selbständige Rechtsgüter.

---

7) So auch Planck S. 8; Rehbein S. 11. — Vgl. R.G. Bd. 12 S. 229, Bd. 39 S. 25.

Daher sucht das B.G.B. die Schuldverhältnisse und das Sachenrecht so scharf als möglich zu trennen und voneinander unabhängig zu gestalten.

2. Die Pandektenlehrbücher schieden das Obligationenrecht in einen allgemeinen Teil, welcher die den Obligationen gemeinsamen Lehren entwickelt, und in den besonderen Teil, in welchem die einzelnen Schuldverhältnisse aufgeführt werden.

Ihnen schließt sich das B.G.B. der Sache nach an.

Allerdings hat es keine Abteilung unter der Überschrift allgemeiner Teil gestaltet. Man trug wohl Bedenken, dem allgemeinen Teile, welcher das erste Buch des B.G.B. bildet, unmittelbar einen allgemeinen Teil des Obligationenrechts folgen zu lassen. Aber die ersten sechs Abschnitte, mit welchen das zweite Buch beginnt, behandeln die Lehren, welche den allgemeinen Teil des Pandekten-Obligationenrechts ausmachen. Der siebente Abschnitt regelt dann die einzelnen Schuldverhältnisse, gibt also den besonderen Teil der Pandektenlehrbücher wieder.

3. Die Römer teilen die Obligationen in solche aus Kontrakten und in solche aus Delikten ein und schließen ferner andere Obligationen an als quasi kontraktliche und quasi deliktische, je nachdem sie mit den Vertrags- oder Deliktsobligationen näher verwandt sind.[1] Auch hieran finden sich Anklänge im B.G.B.

4. Der siebente Abschnitt des zweiten Buches besteht aus 25 Titeln.

a) Die 22 ersten Titel des siebenten Abschnittes enthalten die Schuldverhältnisse aus einzelnen Verträgen und verwandte Verpflichtungen.

Allgemeine Bestimmungen über Verträge hat der zweite Abschnitt des Buches vorausgeschickt.

b) Der 23. Titel behandelt die Vorlegung von Sachen, der 24. gibt die nach dem B.G.B. so außerordentlich wichtigen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung.

c) Den Schluß machen im 25. Titel die „unerlaubten Handlungen".

Sie entsprechen den römischen Deliktsansprüchen.

Aber es finden sich auch Quasidelikte in diesem Titel. Dahin ist namentlich Tierschaden zu rechnen, welcher ohne Rücksicht auf Verschulden denjenigen, der das Tier hält, zum Schadensersatz verpflichtet.

---

1) § 1 J. de act. 4, 6. Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 6.

5. Soweit nicht dringende Gründe entgegenstehen, schließen wir uns im folgenden dem Gange des B.G.B. an. Es fördert dies das Verständnis seiner Bestimmungen.

Erster Abschnitt.

Die Verpflichtung zur Leistung.

Erstes Kapitel.

Die Leistungspflicht im allgemeinen.

§ 6. Der Inhalt des Schuldverhältnisses.

1. Das Schuldverhältnis verbindet den Schuldner zu einer Leistung, § 241.[1]

Die Leistung des Schuldners ist also der nächste Inhalt der Obligation.

Aber die Leistung ist nur das Mittel, welches die Obligation in Bewegung setzt; der Erfolg, welchem dieses Mittel dient, ist die Verschaffung des wirtschaftlichen Gutes, welches dem Gläubiger zuteil werden soll.[2]

Auf dies Gut allein kommt es dem Verkehr an. Nichts anderes als dies kann der Gläubiger vernünftigerweise beanspruchen.

Hieraus erklären sich zahlreiche Rechtssätze. Vor allem deckt sich die Frage, was zur Erfüllung der Obligation gehört, keineswegs vollständig mit der, was ihren Inhalt ausmacht.

Den Inhalt bildet die Leistung durch den Schuldner und dessen Erben; gleichwohl kann in der Regel auch der Nichtschuldner die Schuld erfüllen, B.G.B. § 267. Denn die Leistung durch den Dritten bewirkt in der Regel den Erfolg der Obligation ebenso, wie wenn der Schuldner leistet.

Da es nur auf die Erreichung des Zweckes der Obligation ankommt, so erklärt sich auch, daß der Schuldner befugt ist, statt zu zahlen, mit einer fälligen gleichartigen Gegenforderung aufzurechnen. Denn der Gläubiger erhält im wesentlichen den ihm gebührenden Vermögensvorteil durch die Aufrechnung wie durch Zahlung.

---

1) Oben S. 1.

2) G. Hartmann, Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. 1875.

2. Da die Obligation nur ein Mittel zur Erreichung eines bestimmten Erfolges ist, so können mehrere Obligationen nebeneinander vorkommen, welche auf denselben Erfolg gerichtet sind und sämtlich erlöschen, wenn dieser einmal erreicht ist.

In solcher Weise können mehrere Verpflichtungen desselben Schuldners nebeneinander bestehen, z. B. eine Kaufgelderschuld und eine Wechselschuld wegen desselben Ausstandes.

Nicht minder können mehrere in der Weise schulden, daß nur einmalige Erfüllung bezweckt wird, insbesondere als Gesamtschuldner, § 421.

Die mehreren Obligationen, welche einmalige Erfüllung bezwecken, bilden in der Vermögensbilanz des Gläubigers einen Bestandteil, — eine Vermögenspost.

3. Die zu leistende Sache und der zu gewährende Dienst lassen sich genau genommen nur als „mittelbarer Gegenstand" der Obligationen bezeichnen, da eben die Leistungspflicht deren nächster Inhalt, oder — nach anderer Betrachtungsweise — nächsten Gegenstand ist.

Dies war der Sprachgebrauch des ersten Entwurfes, welcher vor allem juristische Korrektheit erstrebte.

Im Leben dagegen sieht man in der Sache, sowie dem Dienst, auf deren Gewährung das Schuldverhältnis abzielt, vorzugsweise dessen Gegenstand, da es dem Verkehr auf die Verschaffung des erstrebten Guts ankommt. Dem schloß sich der zweite Entwurf an, welcher sich mehr als der erste den Vorstellungen des Lebens anbequemt.

Dies ist auch der Sprachgebrauch des B.G.B.

§ 7. Negative und positive Leistungen.[1]

I. Das Schuldverhältnis kann positive Handlungen, es kann auch Unterlassungen zum Inhalt haben. § 241 Satz 2 erklärt das letztere ausdrücklich. Wer wollte hieran zweifeln?

II. Das Unterlassen kann den einzigen oder doch den hauptsächlichen Inhalt des Schuldverhältnisses bilden. Es kann z. B. in der Verpflichtung, bei einer Versteigerung nicht mitzubieten, bestehen, oder ein Konkurrenzgeschäft nicht zu errichten, oder über ein gewisses Maß

---

1) Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im B.G.B. 1901, auch Arch. f. zib. Praxis B. 92 S. 1 ff. H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906. Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. 1906.

hinaus nicht zu produzieren, oder unter einem bestimmten Preise nicht zu verkaufen, oder ein Vergehen nicht zur Anzeige zu bringen, oder den unehelichen Erzeuger eines Kindes nicht zu nennen.[2] Auch die Verabredung, bis zur Erfüllung gewisser Arbeitsbedingungen zu „streiken", gehört hierher.

Nicht selten knüpft sich ferner an die Übernahme der Verpflichtung zu positiven Leistungen eine Verpflichtung zum Unterlassen. Es darf z. B. nach H.G.B. § 60 der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.[3]

Verpflichtungen zum Unterlassen unterliegen zwar im allgemeinen den Vorschriften über Schuldverhältnisse. Viele dieser Vorschriften sind jedoch der Natur der Sache nach nicht auf sie anwendbar. Verzug des Schuldners z. B. ist bei Unterlassungen nicht denkbar, vgl. B.G.B. § 339. Wenn ferner mehrere ein Unterlassen schulden oder wenn mehreren ein Unterlassen geschuldet wird, so finden sich unteilbare Leistungen, doch die Vorschriften von § 431 und insbesondere von § 432 über unteilbare Leistungen können nicht eingreifen.[4]

III. Die auf ein *Tun* gerichteten Obligationen sind bei weitem die häufigsten.

1. Sie dienen dem Güteraustausch, indem sie bezwecken, Sachen oder Rechte dauernd zu übereignen oder deren Gebrauch oder Nutzung auf Zeit zu überlassen. Hierüber ist hervorzuheben:

a) Nicht bloß *eigene*, auch *fremde Güter* kann man versprechen und schulden.

Beim Versprechen eines fremden Gegenstandes geht die Absicht der Beteiligten vielleicht nur dahin, daß sich der Schuldner bemühen soll, dem Gläubiger den fremden Gegenstand zu verschaffen.

Ob dies gemeint war, ist Auslegungsfrage. Im Zweifel ist nach allgemeiner Regel die mindere Verpflichtung anzunehmen.[5]

b) Ist jemand zur Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes

---

2) Bei Lehmann „selbständige" Unterlassungspflicht.
3) Ein anderes Beispiel R.G. Bd. 15 S. 435.
4) [Als besondere Art der Unterlassungspflicht erscheint die Duldungspflicht. S. die Literatur in Anm. 1, außerdem Lehmann in Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 96 S. 66.]
5) Auch nach A.L.R. I, 5 § 49 sollte dies vermutet werden.

verpflichtet, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf dessen Zubehör.

Dies bestimmt das B.G.B. ausdrücklich nur für Verpflichtungen aus Verträgen — § 314 — und aus Vermächtnissen — § 2164. Aber die Bestimmung ist entsprechend auf andere Verpflichtungen anzuwenden, da sie dem Wesen des Zubehörs entspricht.[6]

Als hiernach mitgeschuldet gilt vor allem das Zubehör, welches zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhanden war. Man wird aber für die Regel auch anzunehmen haben, daß das verkehrsübliche Zubehör als mitbedungen gilt, wenn Zubehör nicht vorhanden war oder wenn es nicht ausreichend ist. Insbesondere ist auch bei Gattungsschulden für die Regel zu unterstellen, daß das verkehrsübliche Zubehör mitgeschuldet sein soll.[7]

c) Im Leben, in der Wissenschaft und der Gesetzgebung ist nicht selten von „Kreditgeschäften" die Rede.[8]

Ein allgemein anerkannter oder gesetzlich festgestellter Begriff besteht hierfür freilich nicht. Der Ausdruck hat verschiedene Bedeutung, die je nach dem Zusammenhange zu ermitteln ist. Vorzugsweise versteht man aber unter Kreditgeschäften diejenigen Geschäfte, bei welchen Werte unter der Verpflichtung der Rückgewähr von Umlaufsmitteln einem anderen überlassen werden.[9] Dahin gehören unter anderem Darlehen, Kreditkäufe. Auch Wechselschulden können bei Kreditgeschäften eingegangen werden.

Die Bestimmungen über Kreditauftrag des B.G.B. § 778, H.G.B. § 349 setzen diesen Begriff des Kreditgeschäfts voraus. Auch dem Reichsgesetze betr. Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher vom 19. Juni 1893 Art. 4 liegt er zugrunde.

2. Die Verpflichtungen auf ein Tun begreifen namentlich Dienste in sich. Hierher gehören die Arbeiterverträge.

Während im Altertume das Verhältnis des Unternehmers zu seinen Arbeitern überwiegend auf Herrengewalt über Sklaven und Hauskinder gebaut war und noch im Beginne des 19. Jahrhunderts die agrarischen

---

6) Vgl. §§ 926, 1031, 1062, 1096, 1120, 1192, 1551 bezüglich dinglicher Verhältnisse; desgleichen erstreckt sich der Zuschlag nach §§ 55, 90 des Zw.-Verst.Ges. auch auf das Zubehör.

7) Cosack a. a. O. Bd. 1 S. 305.

8) Vgl. Georg Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes Bd. 2 S. 359 und dort Angeführte.

9) [Die Hinausschiebung der Leistungszeit gehört mit zum Wesen des Kreditgeschäfts.]

Arbeiterverhältnisse vorzugsweise auf Unfreiheit, nämlich der Gutsuntertänigkeit beruhten, gründen sich die heutigen Arbeiterverhältnisse fast ausschließlich auf den freien Arbeitervertrag.

Das B.G.B. kennt einen besonderen Arbeitervertrag nicht. Er ist im Dienstvertrag aufgegangen. Die Rücksicht auf die Arbeiterverhältnisse hat indessen die Bestimmungen des B.G.B. über den Dienstvertrag wesentlich beeinflußt.[10]

§ 8. Eigenart der Verpflichtungen zu Handlungen.

I. In der älteren römischen Doktrin stellte man den Satz auf: nemo praecise cogi potest ad faciendum. Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner zu persönlichem Tun galt als unzulässig. Das nahm der Code civil auf im Art. 1142: toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part de débiteur.

II. Verwandte Gedanken riefen A.L.R. I, 5 §§ 408 ff. hervor, wonach Verträge über Handlungen, welche nicht eine Sache oder ein Recht zum Inhalt hatten, dem einseitigen Rücktritt unter der bloßen Behauptung unterliegen sollten, daß die Erfüllung nicht vertragsmäßig geleistet sei oder geleistet werden könne, so daß aber der Zurücktretende, dessen Vorgeben unbegründet war, infolge des Rücktritts entschädigungspflichtig werde.[1]

Eine entsprechende Bestimmung ist dem B.G.B. fremd.

Die Rechtsprechung hatte aber A.L.R. I, 5 §§ 408 ff. im Falle der Entlassung des Gesindes bei Gesindeverträgen übernommen. Hier muß jene Vorschrift noch zur Anwendung kommen, da ihre Nichtanwendung eine Lücke in das Gesinderecht reißen würde, welche der Absicht des Gesetzes nicht entsprechen kann.[2]

---

10) Die besonderen Vorschriften der R.Gew.Ordn. über die gewerblichen Arbeiter bleiben bestehen.

1) Beiden vertragsschließenden Parteien stand das Rücktrittsrecht zu. R.G. Bd. 22 S. 222; Jur.Woch. 1890 S. 405 n. 13; Bolze Bd. 19 n. 493; Strieth.Arch. Bd. 20 S. 240, Bd. 28 S. 204; R.O.H.G. Bd. 13 S. 221. — Die Beweislast war in folgender Weise zu verteilen. Der vertragstreue Kontrahent, welcher wegen des Rücktritts des Gegenkontrahenten Schadensersatz verlangte, hatte nur den Rücktritt zu beweisen. Um diese Forderung zur Abweisung zu bringen, mußte der zurückgetretene Kontrahent beweisen, daß der Gegner die Erfüllung nicht kontraktmäßig geleistet habe oder solchergestalt nicht leisten könne. Jur.Woch. 1896 S. 378 n. 46.

2) Strieth.Archiv Bd. 81 S. 262, vgl. oben S. 6.

III. Im übrigen sind die Vorschriften des A.L.R. bezüglich des Rücktritts von Verträgen über Handlungen durch besondere Bestimmungen des B.G.B. bei den einzelnen Verträgen ersetzt, wonach beiden Teilen Kündigung aus „wichtigen Gründen" verstattet ist. So für den Dienstvertrag, § 626. Bei Diensten höherer Art, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen werden, ist, wenn kein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen besteht, nach § 627 ohne weiteres die sofortige Kündigung zulässig. Entschädigung ist dabei nicht zu leisten, auch wenn die Kündigung grundlos war.

IV. Im § 774 Abs. 1 verstattete die Z.P.O. vom 30. Januar 1877 die Erzwingung von persönlichem Tun durch Geldstrafe und Haft.

Die Bestimmung des code civil art. 1142 war hiermit beseitigt[3] als Vorschrift prozessualer Natur, die Regelung des A.L.R. blieb unberührt, als materiellrechtlich.

Nach der heutigen Fassung der Z.P.O. im § 888 Abs. 2, welcher dem Reichstage seine Entstehung verdankt, tritt eine wichtige Veränderung ein. Denn es findet fortan im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage die Vollstreckung durch Geldstrafe oder Haft nicht mehr statt. Der Dienstherr ist daher auf Schadensersatz verwiesen.[4] Daß dieser Anspruch häufig nicht praktisch verwertet werden kann, liegt auf der Hand.

Dagegen kann der Dienstherr durch Haft und Geldstrafe zur Annahme des Dienstverpflichteten gezwungen werden.

Bezüglich des Gesindes hat Z.P.O. § 888 Abs. 2 für Preußen um deswillen weniger Bedeutung, weil das Gesinde nach der preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 §§ 51, 167 auf Antrag der Herrschaft von der Polizeibehörde zum Dienst angehalten werden kann.

Unentgeltliche Dienste infolge Auftrags — B.G.B. §§ 662 ff. — bleiben nach Z.P.O. § 888 Abs. 1 erzwingbar.

---

3) Vgl. Struckmann zu § 774 Ziff. 8.

4) [Und sind die Dienste vertretbar, so steht der Weg des § 887 Z.P.O. (Ermächtigung des Klägers zu anderweitiger Beschaffenheit der Dienste und Erstattung der Aufwendungen) offen.]

Zweites Kapitel.

Beurteilung nach Treu und Glauben.[1]

§ 9. Gebundenheit und Freiheit des Richters nach älterem Recht.

I. Genauste Befolgung des Buchstabens der Gesetze und strengstes Festhalten am Wortlaut der Verträge ist auf älteren Stufen des Rechts unerbittliche Anforderung. Das Gut einer festen, von dem unberechenbaren Ermessen der Richter und von den Einflüssen des Klassengeistes unabhängigen Rechtspflege, nicht minder der Vorteil einer raschen und schneidigen Erledigung der Rechtshändel wird auf diesem Wege am vollkommensten erreicht. Der Satz lex dura, sed ita scripta est schlägt auf dieser Stufe der Rechtsentwicklung jedes Bedenken bezüglich der Angemessenheit des Ergebnisses und der Übereinstimmung mit dem Parteiwillen nieder.

Solcher Art war das älteste römische Recht. Ihm gehörten nur judicia stricti juris an. Nicht anders war es im altdeutschen Rechte.

II. Diesem Zustand entwächst das Recht, wenn sich die Verhältnisse der bürgerlichen Gesellschaft entwickeln, wenn das Rechtsgefühl verfeinert und empfindlicher wird. Nicht mehr der Buchstabe allein soll maßgebend sein, der Zweck des Gesetzes und der Verträge fällt in das Gewicht. Neben das Gesetz stellt sich das allgemeine Rechtsgefühl, welches dahin strebt, das Recht seinen Anforderungen entsprechend zu modeln und zu gestalten.

So kam es, daß sich in den letzten Jahrhunderten der römischen Republik neben den judicia stricti juris, welche, wenn auch keineswegs unbeeinflußt, bestehen blieben, die judicia bonae fidei bildeten. Der Richter sollte hier seinem Urteile zugrunde legen „quod inter bonos bene agi oportet“ und was „ex fide bona dare facere oportet“, also unter Berücksichtigung von Treu und Glauben Recht sprechen.

Im gemeinen Rechte strebte man danach, die römischen Grundsätze der bonae fidei judicia bei allen Klagen — von solchen aus dem Wechsel abgesehen — zugrunde zu legen.[2]

Doch fehlte in der gemeinrechtlichen Praxis viel daran, daß man das allgemeine Rechtsgefühl so frei walten ließ, wie dies in der klassi-

---

1) Stammler, Recht der Schuldverhältnisse S. 36; Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 330; Konrad Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. 1902. Derselbe D.Jur.Zeit. 1903 S. 232. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. 1906 S. 121 ff. Ferner der interessante Aufsatz von Wendt im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 100 S. 1 ff.

2) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 131 Anm. 12.

schen Römerzeit bei den bonae fidei judicia geschah. Denn die Richter waren nicht mehr Laien wie in Rom, in deren Aussprüchen die Volksüberzeugung über das, was recht und billig war, zum unmittelbaren Ausdruck kam, sondern gelehrte Juristen, welche sich von den Vorschriften des geschriebenen römischen und kanonischen Rechts nicht leicht zu entfernen wagten.

Dies steigerte sich bei den Juristen des Gebiets des preußischen Landrechts. Wohl suchte das A.L.R. in seinen Satzungen dem gerecht zu werden, was Treu und Glauben forderte. Aber die Richter, welche diese Kodifikation anwendeten, hielten sich oft an deren Wortlaut schlechthin gebunden, so daß Buchstabenjurisprudenz sowie blinde Unterwerfung unter die Präjudizien höherer Gerichte maßgebend war.[3]

III. In Frankreich galt das römische Recht, soweit man ihm dort Raum gab, als raison écrite. Dabei erkannte man insbesondere einen Gegensatz zwischen judicia bonae fidei und stricti juris nicht an. Alle Verträge sollen vielmehr nach gutem Glauben zu beurteilen sein. Der gute Glaube galt, wie man sich ausdrückte, als die Seele der Verträge. Dies vererbte sich auf den Code civil. Art. 1134 verlangt, daß Verträge nach gutem Glauben auszuführen seien. Art. 1135 fügt hinzu: Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites, que l'équité, l'usage, ou la loi donnent à l'obligation, d'après sa nature.[4])

§ 10. Treu und Glauben nach B.G.B.[1]

I. Im französischen Recht liegt das unmittelbare Vorbild des B.G.B.

Verträge sind nach § 157 so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dies bezieht sich auf Verträge jeder Art, aber vor allem auf obligatorische. Für Schuldver-

3) Doch manches gerichtliche Urteil läßt erkennen, in welchem bedeutenden Umfange neuerdings bereits unter der Herrschaft des A.L.R. Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte in der Rechtsprechung Berücksichtigung gefunden hat.

4) Demolombe des contrats tome première, cours de droit Napoleon XIII livre III titre III chap. 3 n. 394. Et c'est toujours en effet le devoir du juge, id officio judicis continere, d'interprêter la convention et d'en ordonner l'exécution conformément à l'intention des parties, en égard au bout, qu'elles se sont proposées d'atteindre.

1) Stammler, Schuldverhältnisse S. 36; Oertmann in Ztschr. Das Recht 1900 S. 1 und 25; Hölder das. 1901 S. 216 Gesetz und Verkehrssitte; Schneider in D.Jur.Ztg. 1903 S. 232; Staub das. 1902 S. 24; Cohn in Jur.Woch. 1900 S. 37 und Anm. 1 des § 9.

hältnisse besonders bestimmt dann § 242, der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Dies ist sachentsprechend und wird mit Recht mit Beifall begrüßt. Aber ungeschichtlich ist es, wie manche tun, in diesen Bestimmungen des B.G.B. ein neues Prinzip der Gesetzgebung zu sehen. Es legt dies die Gefahr nahe, zu weitgehende Schlüsse zu ziehen.

Durch jene Vorschriften soll, wie man behauptet hat,[2] dem Richter aufgegeben werden, das Richtige im Sinne des sozialen Ideals im Einzelfalle zu finden und mit demjenigen im Einklange zu bleiben, was letztes Ziel a l l e s menschlichen Zusammenlebens sei. Dies sei die Idee einer Menschengemeinschaft, in welcher jeder die Zwecke der anderen zu den seinigen mache.

Danach wäre das Recht berufen, die Mahnung durchzuführen, liebe deinen Nächsten wie dich selbst. Doch hierin liegt nur eine religiöse und sittliche Verpflichtung. Das Recht kann sich so hohe Ziele nicht stecken. Soweit geht auch nicht die Absicht des B.G.B. Dies ergibt schon die Verweisung auf die Verkehrssitte, l'usage des Code civil. Denn diese ist keineswegs immer von jenem Geiste beseelt. In ihr lebt ein guter Teil unausrottbarer Selbstliebe.

II. Nichts anderes will das Gesetz, als daß der Richter zur Richtschnur nehmen soll, was bei dem Schuldverhältnis nach den Zwecken d e s G e s c h ä f t s u n d d e r S i t t e a n s t ä n d i g u n d g e r e c h t d e n k e n d e r M e n s c h e n v o n d e m a n d e r e n T e i l e e r w a r t e t w e r d e n d u r f t e.

Damit wird den im Leben herrschenden Anschauungen und der guten Verkehrssitte ein weitreichender Einfluß auf die Gestaltung der Schuldverhältnisse eröffnet, ohne das Recht seinen notwendigen Aufgaben zu entfremden.[3]

---

2) Stammler a. a. O. S. 38. Seine philosophierenden Ideen hat Stammler in einem ausführlichen Buch über das richtige Recht 1902 weiter entwickelt. Das „richtige" Recht im Sinne Stammlers liegt aber weit ab von dem „wirklichen" Recht, wie es nach den Gesetzen und Gewohnheiten Deutschlands besteht. Gegen Stammler namentlich in vielfach zutreffender Weise K. Schneider — oben § 9 Anm. 1 — Treu und Glauben S. 47; vgl. auch neuerdings: R.G. vom 6. März 1906 Recht Bd. 10 S. 502.

3) [Diese Auffassung wird der Bedeutung des § 242 nicht vollkommen gerecht. Zwar hat das B.G.B. Rechte und Pflichten überall nach den Anforderungen von Treu und Glauben zu regeln gesucht, aber es konnte dabei natürlich nur abstrakte, den Regelfall richtig beurteilende Normen aufstellen. Die Anwendung der abstrakten Norm birgt aber die Gefahr einer Nichtberücksichtigung der im konkreten Fall eine andere Beurteilung fordernden

Diese Beurteilung nach Treu und Glauben kann dem Gläubiger wie dem Schuldner zugute kommen.

Wenn z. B. § 611 wohl allzu dürftig bestimmt, daß der in Dienst Tretende dem Dienstherrn „die versprochenen Dienste" zu leisten hat, so findet dies hier seine Ergänzung. Der Dienstherr kann darüber hinaus auch verlangen, was er nach der Verkehrssitte erwarten durfte.

Wenn andererseits z. B. das Gesetz dem Mieter die Räumung nach Beendigung der Miete auflegt, so darf die Räumung hiernach vom Mieter vertagt werden, wenn sie wegen schwerer Erkrankung mit Lebensgefahr für ihn oder seine Angehörigen verknüpft ist.[4] Denn der Mieter durfte solche Nachsicht von einem gerecht und billig denkenden Vermieter in der Regel erwarten.

III. Die Verkehrssitte ist zeitlich und örtlich verschieden. Als maßgebend werden wir nur die zur Zeit der Begründung des Schuldverhältnisses herrschende anzusehen haben. Zweifelhafter kann sein, die Verkehrssitte welchen Ortes zu beachten ist. In erster Linie muß die besonderen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs. Dieser Gefahr soll § 242 vorbeugen, indem er überall eine dem Rechtsgefühl ehrlich und rechtlich denkender Menschen widersprechende Beurteilung eines Schuldverhältnisses verhindern will. Daher stehen da, wo das Gesetz ein Schuldverhältnis wie z. B. die Verwahrung geregelt hat, die besonderen Umstände des gegebenen Falles höher als das Gesetz, wenn anzunehmen ist, daß dessen rücksichtslose, d. h. die besonderen Bedürfnisse gerade dieses einzelnen Falles beiseite lassende Anwendung der auf Wahrung von Treu und Glauben gerichteten allgemeinen Absicht des Gesetzes widersprechen würde. Es kann gegen Treu und Glauben verstoßen, daß der Hinterleger die verwahrte Sache abzuholen hat. Schuldverhältnisse aber, die das Gesetz nicht besonders geregelt hat, können nur nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte beurteilt werden. Dies gilt noch heute z. B. beim Baugeldervertrag. Es wird also durch § 242 der Weg gezeigt, auf welchem neues Verkehrsrecht geschaffen werden kann, wenn neue Verkehrsbedürfnisse auftreten. Da aber Treu und Glaube mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu wahren sind, ist gleichzeitig gesagt, daß das, was Treu und Glauben im einzelnen erfordern, nach der wandelbaren Verkehrssitte beurteilt werden soll. Damit ist der Gefahr vorgebeugt, welche völliges Freischalten richterlichen Ermessens der Sicherheit der Rechtsanwendung bringen könnte, und es ist ferner dafür gesorgt, daß die Rechtsprechung sich nach der jeweilig herrschenden Verkehrsanschauung zu richten hat. — Ob § 242 nur anzuwenden ist, wenn es sich um den Umfang der Pflichten aus einem bestehenden Schuldverhältnis handelt [so anscheinend auch R.G. 65, 136] oder auch bei der Frage, ob überhaupt ein Schuldverhältnis besteht, ob also nicht der Anspruch des Gläubigers zu verneinen ist, wenn seine gegenwärtige Geltendmachung wider Treu und Glauben verstößt, wie Wendt in der bei § 9 angeführten Abhandlung will, mag zweifelhaft sein. Aber durchführbar ist der in § 242 enthaltene Gedanke nur, wenn man in ihm die Zulassung der exceptio doli generalis im Sinne der römischen Jurisprudenz erblickt.]

4) Stammler a. a. O.

nach den Umständen sich ergebende Absicht der Beteiligten, in zweiter der Erfüllungsort darüber bestimmen, entsprechend den Sätzen, welche man für das internationale Privatrecht aufstellt, und aus denselben Gründen, welche man für diese Sätze anführt.[5]

Die Verkehrssitte ist mit nichten Recht im objektiven Sinne; sie hat daher keine Bedeutung für die Vertragschließenden, wenn sie von ihrem Bestehen beiderseits nichts wußten. War sie nur dem Schuldner unbekannt, aber mußte der Gläubiger erwarten, daß sie der Schuldner kennt, so kann sie zwar nach Treu und Glauben Anwendung finden, doch das stempelt sie nicht zum Recht im objektiven Sinne.

Die Verkehrssitte darf nicht bloß dem Anstand oder der Sittlichkeit angehören, wenn sie das Schuldverhältnis beeinflussen soll. Auch soweit es also der Verkehrssitte entspricht, daß Trinkgelder, Weihnachtsgeschenke, Remunerationen an die Angestellten gewährt werden, liegen hierin doch nur freiwillige Gaben, welche rechtlich nicht verbindlich sind.

IV. Das H.G.B. § 346 gibt den angeführten Regeln noch eine besondere Anwendung. Es ist hiernach unter Kaufleuten in Ansehung der Bedeutung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Damit wird ausgesprochen, daß die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten unter Kaufleuten maßgebend sind, auch wenn sie beiden oder einem von ihnen nicht bekannt waren.[6] In der Tat ist anzunehmen, daß sie sich auch für diese Fälle den Übungen ihres Standes fügen wollten. Natürlich muß es sich aber um Gewohnheiten und Gebräuche handeln, welche nicht mit den guten Sitten in Widerspruch stehen.

---

5) Vgl. § 359 H.G.B., wonach im Zweifel bei ungenauer Zeitbestimmung (z. B. im Herbst, im Frühjahr) der Handelsgebrauch des Leistungsortes entscheidend ist, ferner § 380 H.G.B. wonach das Gewicht der Verpackung bei Käufen nach Gewicht in Abzug zu bringen ist, sofern nicht aus dem Vertrag oder dem Handelsgebrauche des Ortes, an welchem der Verkäufer zu erfüllen hat, sich ein anderes ergibt.

6) Es ist also durch das H.G.B. nicht bestimmt, daß im Verkehr zwischen dem Kaufmann und Nichtkaufmann die „Handelssitte" ohne Bedeutung ist. Soweit sie der letztere kennt oder kennen muß, soweit anzunehmen ist, daß er sich ihr fügen wollte, ist sie auch für den Nichtkaufmann bindend. Wenn z. B. jemand ein dem Betriebe des Bankiergewerbes angehöriges Spekulationsgeschäft schließt und es bezeichnet mit Ausdrücken, mit welchen die berufsmäßig Handelnden einen bestimmten Sinn verbinden, so muß angenommen werden, daß er das in Fällen der gedachten Art übliche und unter den gebrauchten Ausdrücken Handelsgebräuchliche gewollt hat, R.O.H.G. Bd. 15 S. 251. — Gleicher Ansicht O.L.G. Dresden im Sächs. Arch. Bd. 10 S. 510.

V. Die Verkehrssitte wird als wichtigster Leitstern für die Beurteilung der Schuldverhältnisse nach Treu und Glauben bezeichnet. Aber der einzige ist er nicht.

Was nach Treu und Glauben dem individuellen Verhältnisse gemäß ist, was den Zwecken, von welchen die Beteiligten einverständlich ausgingen, entspricht, was nach materieller Gerechtigkeit jedem der Beteiligten in ihren besonderen Beziehungen zukommt, ist gleichfalls zu berücksichtigen.

VI. Dem gewöhnlichen Schuldrechte steht das Wechselrecht gegenüber, welches an Formen und bestimmte Worte geknüpft ist. Das Wechselrecht kennt keine Geschäfte, die nach gutem Glauben zu beurteilen sind. Hier herrscht strenges Recht.

Mit den Wechselschulden verwandt sind [die etwa aus der Ausstellung und Übertragung von Schecks herrührenden], auch gewisse Verbindlichkeiten nach B.G.B. Dahin gehört das Recht, welches durch Abtretung im Falle des § 405 erworben wird, sowie das durch Annahme einer Anweisung begründete Forderungsrecht gegen den Angewiesenen, § 784.[7]

Drittes Kapitel.

Gattungsschuld.

§ 11. Begriff der Gattungsschuld.[1]

I. Bei der Gattungsschuld wird der Schuldgegenstand nach Gattung, Art und Zahl bestimmt, bei der Speziesschuld bilden bestimmte Individuen den Schuldgegenstand.

Handlungen können nicht Gegenstand einer Gattungsschuld sein; vielmehr setzt diese eine Sache im Sinne des § 90 B.G.B., also einen körperlichen Gegenstand voraus.

Obligationen über vertretbare Sachen sind meist Gattungsschulden, wenn auch keineswegs immer, aber auch unvertretbare Sachen können Gegenstand von Gattungsschulden sein, z. B. 10 Lokomotiven, 100 Pferde.

Der große kaufmännische Verkehr bewegt sich vorwiegend in Gattungsschulden.

---

7) Diese auf das B.G.B. gegründeten Verpflichtungen stehen aber sämtlich unter § 242 B.G.B.

1) Motive Bd. 2 S. 10; Crome, System Bd. 2 § 147, Dernburg, Pand. Bd. 2 § 25; Goldschmidt, Handelsrecht § 61; Cosack B.R. Bd. 1 § 84. Fischer in Iherings Jahrb. 1907 Bd. 00 S. 160 ff.

II. Gattungs- oder Genusschulden wurden schon nach römischem Rechte verschieden von Speziesschulden behandelt. Im B.G.B. tritt diese Verschiedenheit besonders scharf hervor.[2]

Daher kann unter Umständen wichtig werden, ob eine Speziesschuld oder eine Gattungsschuld vorliegt.

Viele nehmen eine Gattungsschuld auch dann an, wenn eine Quantität aus einer bestimmten Masse heraus geleistet werden soll,[3] z. B. aus einer Schiffsladung eine bestimmte Menge Waren. Dies ist unrichtig, denn eine Schiffsladung ist keine Gattung.[4 5]

Zweifelhafter wird die Frage, wenn aus einer Produktionsstätte fortdauernd Waren genommen werden, aus welchen Quantitäten geliefert werden sollen, z. B. „I a gewaschene Schmelzkokes der Zeche Dannenbaum". Bei solchen Geschäften kann es sich um eine Gattung mit besonderen Eigenschaften handeln. Dies wird aber nur anzunehmen sein, wenn die Produktion so massenhaft ist, daß sie im Verkehr eine besondere Art der Gattung bildet. [Ist dagegen die gesamte Produktion Vertragsgegenstand, so liegt keine Gattungsschuld vor und auch der Zusatz einer Zahl, eines Maßes oder eines Gewichts macht die Leistung nicht zur Gattungsschuld.[6]]

III. Wesentlich ist für die Gattungsschuld, daß die Quantität der Leistung bestimmt oder doch bestimmbar ist. Ein gewisser Spielraum in dieser Hinsicht ist aber nicht ausgeschlossen. Nicht selten sind

---

2) über die Frage, ob das Reichsstempelgesetz vom 29. Mai 1885 bezüglich börsenmäßig gehandelter Waren bloß Gattungs- oder auch Speziesküufe betrifft, vgl. R.G. Bd. 20 S. 15.

3) So Planck zu B.G.B. § 243 Anm. 2; Windscheid Bd. 2 § 255 unter 17; R.O.H.G. Bd. 24 S. 30. Dagegen Goldschmidt, Handelsrecht S. 537; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 25 Anm. 5. Vgl. auch Motive Bd. 2 S. 11, welche von „gemischt generischen Obligationen" schwerlich zutreffend sprechen.

4) Vgl. unten § 45 Abschn. II. — Zu beachten ist, daß sowohl § 243 wie § 279 von „nur" der Gattung nach bestimmten Sachen spricht. — Ist der Schuldner verurteilt, „von bestimmten beweglichen Sachen eine Quantität" herauszugeben, so greift § 883 Z.P.O. Platz. — Vgl. Geschäfts-Anw. f. Gerichtsvollzieher § 94.

5) Der Kauf von Waren, die in einer bestimmten Fabrik herzustellen sind, ist kein Gattungskauf. O.L.G. Colmar Ztschr. f. Els.-Lothringen Jahrgang 26 S. 107.

6) O.L.G. Breslau vom 25. Juni 1903 Recht Bd. 1903 S. 359. Immerhin ist eine Gattungsobligation noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gattungsbegriff durch den Inhalt der Parteiabrede beschränkt und die Sache nach Beschaffenheit und Herkunft näher bestimmt ist. R.G. vom 9. Februar 1901, Jur.Woch. 1901 S. 209 n. 10. — Vgl. R.G. Bd. 28 S. 221. Dagegen Kuhlenbeck in Jur.Woch. 1897 S. 438.

z. B. Verträge, bei welchen die geschuldeten Quantitäten mit „circa“ bezeichnet werden. Damit ist gemeint, daß eine verhältnismäßig unbedeutende Abweichung in der Zahl keinen Einwand gegen die Lieferung begründen soll.[7] Zuweilen bestimmt die Verkehrssitte bei Geschäften mit solcher Klausel das Höchstmaß der zulässigen Abweichung. Die Quantität kann ferner nach künftigen Umständen bestimmt werden, z. B. nach dem Bedürfnis für den Bierausschank des Käufers.[8] Zulässig ist auch die Festsetzung nach einem geringsten und höchsten Maß, z. B. 1000—1500; dann kann der Käufer 1000 fordern, 1500 aber muß er auf Verlangen abnehmen.

IV. Eine Gattung umfaßt oft verschiedene Sorten und Arten.

Es kommt gleichwohl vor, daß der Schuldvertrag Sorte und Art nicht bezeichnet.

Dann ist es Auslegungsfrage, welche Art oder Sorte gemeint war.

Hierfür sind in erster Linie die Umstände des Falles maßgebend. Insbesondere können frühere Bestellungen einer Sorte einen Fingerzeig abgeben; häufig läßt der vereinbarte Preis auf den Sinn des Geschäfts schließen, Rotwein die Flasche zu 5 Mark z. B. ist eine andere Sorte als zu 1 Mark.

Fehlt es an derartigem Anhalt, so nahmen die Römer nicht ohne Grund an, daß die geringste — fehlerlose — Sorte zu leisten sei.[9]

Doch hat sich längst die Auffassung zur Geltung gebracht, daß in solchem Falle „mittlere Art und Güte“ geschuldet sei.[10] So bestimmt auch das B.G.B. § 243 Abs. 1.[11] H.G.B. § 360 verlangt in gleichem Sinne „Handelsgut mittlerer Art und Güte“.

Was dahin gehört, ergibt die Handelssitte. Welchen Ortes? Im Zweifel wird man den Erfüllungsort anzunehmen haben.[12] Der Vertragsort wie der Bestimmungsort muß in der Regel außer Betracht bleiben.

---

7) R.O.H.G. Bd. 1 S. 57, Bd. 8 S. 209, Bd. 9 S. 129, Bd. 15 S. 334. — Die Bezeichnung „mehrere Hundert Dutzend“ enthält keine genügende Bestimmung, R.O.H.G. Bd. 11 S. 1.

8) R.O.H.G. Bd. 14 S. 291. — Der unter regelmäßigen Umständen zu erwartende Bedarf bestimmt den Umfang der Verpflichtung, Bolze Bd. 8 n. 144 und 317.

9) l. 72 § 5 D. de sol. 46, 3.

10) A.L.R. I, 5 § 275. Code civil art. 1246.

11) E. I § 213; Mot. Bd. 2 S. 12. Vgl. R.G. 69, 407.

12) Dies entsprechend H.G.B. § 361; R.O.H.G. Bd. 3 S. 370; Bolze Bd. 16 n. 246.

Eine besondere Vorschrift findet sich bei Vermächtnissen[13] einer nur der Gattung nach bezeichneten Sache. Billigerweise soll nämlich nach § 2155 eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache als vermacht gelten. Versagt indes dies Kennzeichen, z. B. wenn es nur heißt: meinem Freunde 100 Flaschen Rotwein, dann wird auch bei Vermächtnissen mittlere Qualität zu leisten sein.

Ist bei Unbestimmtheit der Sorte der Schuldner befugt, gegen den Willen des Gläubigers Besseres als die mittlere Sorte zu liefern? Nach Code civil Art. 1246, wonach der Schuldner nicht verpflichtet sein soll, beste Qualität zu liefern, mag dies zu bejahen sein. Die Fassung des B.G.B. dagegen führt zur Verneinung.[14] Denn hiernach ist im Zweifel mittlere Qualität Vertragsgegenstand. Vielleicht ist sie dem Gläubiger, weil marktgängiger, erwünschter als beste Qualität. Immerhin wird, falls der Verpflichtete bessere Sachen als mittlere Art und Güte leistet, aus dem Gesichtspunkte der Chikane im Sinne des § 226 zu prüfen sein, ob der Gläubiger die Annahme verweigern kann.

§ 12. Das Recht der Gattungsschuld.

I. Innerhalb des Rahmens der Obligation bestimmt der Schuldner den Gegenstand der Leistung nach seinem Ermessen.[1]

Aber die einseitige wörtliche Erklärung des Schuldners ist ohne bindende Kraft, auch wenn er sie dem Gläubiger mitgeteilt hat.[2] Daher darf er beliebig von dieser Erklärung abgehen, kann sich also auch nicht auf sie berufen, wenn dasjenige untergeht, was er leisten zu wollen einseitig erklärte.

Sollte freilich die Mitteilung an den Gläubiger einen Antrag mit dem Zwecke bilden, das Schuldverhältnis zu konkretisieren, so treten die Rechtsvorschriften über den Antrag ein, so daß in dessen Annahme eine Umwandlung der Schuld liegt. Die Gattungsobligation ist also dann durch Vereinbarung zur Speziesschuld geworden.[3]

---

13) Diese Vorschrift findet auf Auflagen entsprechende Anwendung. § 2192 B.G.B. Vgl. unten Bd. 5 § 85.

14) Anderer Ansicht Planck, jedoch ohne Gründe. mit Seinem Leben 48 f

1) Nicht ganz zutreffend sprach E. I § 213 von einer Auswahl des Gattungsschuldners. Hat er z. B. gerade nur die gelieferte Quantität, so liegt eine Wahl nicht vor.

2) So E. I § 214. Doch wurde der Paragraph später als überflüssig weggelassen.

3) R.G. Bd. 43 S. 183.

II. Das Schuldverhältnis konkretisiert sich vorzugsweise durch die Leistung seitens des Schuldners.

War die Leistung vollständig und fehlerlos, so geht die Schuld freilich mit der Leistung unter.[4]

Ob und inwieweit eine Konkretisierung schon dann eintritt, wenn der Schuldner das von seiner Seite Erforderliche durch Absendung einer Sache an den Gläubiger gemäß § 447 vorgenommen hat, könnte an und für sich zweifelhaft sein.

Ausdrücklich aber verfügt § 243 Abs. 2,[5] daß sich das Schuldverhältnis auf die angebotene Sache beschränkt, wenn der Schuldner mit dem Angebot das zur Leistung des Schuldverhältnisses seinerseits Erforderliche getan hat.

Nicht bloß gilt also beim Übersendungsverkauf — dem sog. Distanzverkauf —, daß der Schuldner, wenn er die Kaufsache dem Frachtführer behufs Übersendung an einen vom Leistungsort verschiedenen Bestimmungsort übergeben hat (§ 447 Abs. 1), damit die Gefahr der abgesendeten Sache auf den Gläubiger überwälzt,[6] vielmehr tritt Entsprechendes bei allen, auch unentgeltlichen Verträgen ein, insbesondere bei Schenkungsversprechen und Vermächtnissen; denn da sich durch die Übersendung die Gattungsschuld in eine Speziesschuld verwandelt, so folgt aus § 279, weil species perit ei cui debetur, daß die Schuld im Falle des späteren zufälligen Untergangs der Sache erlischt.

Andererseits erhält der Gläubiger infolge des § 243 ein unwiderrufliches Recht auf die abgesendete Sache. Fortan kann er also die Leistung einer anderen Sache zurückweisen, wenn sie auch der vertragsmäßigen Gattung angehört. Dies ermöglicht dem Gläubiger, mit Sicherheit über die an ihn gesendeten, auf dem Transport befindlichen Waren zu verfügen.

Wie aber, wenn der Gläubiger die ihm gesendete Sache nicht annimmt, also in Verzug gerät? Ist auch in diesem Fall anzunehmen, daß der Schuldgegenstand nur in der angebotenen Sache besteht?

Dies könnte man wohl aus dem Wortlaute des § 243 folgern. Allein den Anschauungen und den Interessen des Verkehrs würde dies nicht entsprechen. Es würde den Schuldner hindern, über die vom

---

4) Vgl. über Sachmängel §§ 460, 480, 491, 493, 524 Abs. 2 § 651.
5) E. I § 214 Abs. 3; Kom.Prot. Bd. 1 S. 285.
6) Vgl. R.G. vom 25. Februar 1904 Bd. 57 S. 141.

Gläubiger zurückgewiesene Ware anderweit zu verfügen und ihn zu deren getrennter Aufbewahrung nötigen. Diese Folge liegt aber außerhalb des Willens des Gesetzes.[7]

Es ist vielmehr anzunehmen, daß der Schuldner berechtigt ist, weil die von ihm beabsichtigte Leistung seitens des Gläubigers vereitelt ist, die Konkretisierung der Schuld als nicht eingetreten zu behandeln.[8]

III. Die Gattungsschuld unterscheidet sich, wie schon bemerkt, von der Speziesschuld durch die Behandlung der Unmöglichkeit der Leistung.

Denn wenn der Gegenstand einer Speziesschuld durch Zufall zugrunde geht, erlischt in der Regel die Verpflichtung. Mit anderen Worten, den Gläubiger trifft bei der Speziesschuld die Gefahr. Dagegen befreit der Zufall, welcher den Gegenstand trifft, den er zu liefern dachte, den Schuldner einer Gattungsschuld nicht, so lange die Schuld noch nicht auf jenen Gegenstand konkretisiert war, denn es ist dem Schuldner noch möglich, anderes zur Schulderfüllung zu liefern. Nur wenn die geschuldete Art erloschen ist, wird auch der Gattungsschuldner von seiner Schuld wegen Unmöglichkeit der Leistung frei. Die ganze Kategorie erlischt z. B., wenn es sich um Aktien handelt, die Aktiengesellschaft aber aufgelöst ist, oder um Staatsschuldscheine eines Anlehens, welches zurückgezahlt wurde.[9] Dies sind seltene Fälle. Für die Regel gilt der Satz: „species perit ei cui debetur, genus perire non censetur."

So ist es zweifellos auch nach B.G.B. Dieses hat aber im § 279 noch den weiteren Rechtssatz aufgestellt, daß der Gattungsschuldner

---

7) So auch nach früherem Recht, R.O.H.G. Bd. 2 S. 410, Bd. 7 S. 281, Bd. 21 S. 76. — Vgl. R.G. Bd. 12 S. 81 ff.

8) Vgl. R.G. 69, 407. Die Kommissionsprotokolle bemerken: „In solchen Fällen, in welchen der Gläubiger gar kein Interesse daran hat, gerade die durch Ausscheidung individuell bestimmten Sachen zu erhalten, kann der Schuldner der unbegründeten Weigerung des Gläubigers, eine andere Sache der gleichen Art und Güte als Erfüllung anzunehmen, unter Berufung auf § 242 mit einer exceptio doli entgegentreten. Auch kann die Annahmeverweigerung des Gläubigers unter Umständen die Bedeutung eines Verzichts auf die zu seinen Gunsten eingetretene Konkretisierung haben." Vgl. Kam.Ger. Recht Bd. 6 S. 586. Verkauft also der Verkäufer die gehörig angebotene, aber vom Käufer zu Unrecht zurückgewiesene Sache, so steht dem Verkäufer die Klage auf Zahlung des vereinbarten Preises gegen Lieferung gleichartiger Sachen offen. O.L.G. Celle Seufferts Arch. Bd. 57 S. 260 n. 142. — A. M. Kuhlenbeck bei Staudinger zu § 243 Anm. 5 a α.

9) Jemand hat sich 1894 verpflichtet, unter anderem bis zum Jahre 1899 jährlich 50 Zentner Havannatabak zu liefern. Da infolge des Krieges Cuba verwüstet wurde und eine Ausfuhr von Tabak im Jahre 1898 überhaupt nicht stattfand, wurde der Schuldner von der Leistung frei.

sein „Unvermögen zur Leistung" auch dann zu vertreten hat, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Darüber später im § 62.

Viertes Kapitel.

Geld und Wertpapiere.

§ 13. Verkehrsgeld und Staatsgeld.[1]

I. Der Verkehr war es, welcher ursprünglich das Geld schuf, d. h. den allgemeinen Wertmesser und das allgemeine Umsatzmittel der Vermögensbestandteile.

Je nach der Kulturstufe und den wirtschaftlichen Verhältnissen nahm man hierzu verschiedene Dinge allgemeiner Schätzung. In der Urzeit diente den Römern ihr Vieh — pecunia — als Geld, bei weiterer Entwicklung Kupferstücke; als sie in den Verkehr der Kulturnationen des Altertums eintraten, erwählten sie wie diese die edeln Metalle — Silber und Gold — vorzugsweise als Geld.

Diese Metalle eignen sich zum Geld durch die Höhe und verhältnismäßige Stetigkeit ihres Wertes, durch ihre Dauerhaftigkeit, Teilbarkeit, leichte Transportfähigkeit, häufiges und doch nicht allzu häufiges Vorkommen. Um deswillen wurden sie das Geld der Neuzeit wie des entwickelten Altertums.

Die Staatsgewalt, als sie erstarkte, legte ihre Hand auf den Geldverkehr und gewann damit wichtige Mittel der Macht und der Einwirkung auf Handel und Wandel. Der Staat münzt und prägt das Geld und gibt damit die Gewähr für dessen Echtheit und Richtigkeit. So schafft er Staatsgeld — Währung — und schreibt vor, daß es in Zahlung auf Geldschulden zu nehmen ist.

Willig fügt sich der Geldumlauf der staatlichen Anordnung, durch welche er seine Zwecke nachdrücklich gefördert sieht. Doch es kommt vor, daß der Staat seiner ihm zum Zwecke des Geldverkehrs gestellten Aufgabe untreu wird, so daß die Ausübung seines Münzrechts in Gegensatz gegen die Wertung des Lebens tritt. Dann entstehen unerfreuliche Zustände. Das Staatsgeld leidet an seinem Beruf, allgemein anerkanntes Tausch-

---

1) Siehe die bei Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 26 Angeführten, insbesondere Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 403 ff.; G. Hartmann, Rechtlicher Begriff des Geldes 1868; Goldschmidt, Handelsrecht 1. Aufl. I, S. 1061 ff.; Endemann 1 § 121; Cosack 1 § 45. — Vgl. bezüglich des B.G.B. R. Koch, Geld und Wertpapiere in den Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs 4. Heft 1889. Jetzt auch Gierke, Deutsches Privatrecht II § 107.

mittel zu sein, Abbruch; der vom Staate mißachtete Verkehr aber sucht seine eigenen ungeregelten Wege.

Auch neben einer gesunden staatlichen Währung behält oft Verkehrsgeld Bedeutung. Denn die staatliche Regelung deckt sich keineswegs stets vollständig mit den vielgestaltigen Verhältnissen und Bedürfnissen des Lebens.

II. Im heutigen Verkehr Deutschlands besitzen die Funktion des Geldes in mehr oder minder erheblichem Maße neben dem „deutschen Geld" einmal ausländische Währungen, z. B. englisches, französisches, russisches Staatsgeld, ferner die Noten der Reichsbank und anderer Banken, welchen das Reichsbankgesetz die Ausgabe von Noten verstattet, und selbst ausländische Banknoten, z. B. der Bank von England oder von Frankreich, endlich die Reichskassenscheine.[2. 3]

Allerdings bestimmt das Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 § 2, daß eine Verpflichtung zur Annahme von Banknoten bei Zahlungen, welche gesetzlich in Geld zu leisten sind, nicht stattfindet. Und betreffs der vom Reich ausgegebenen Reichskassenscheine schreibt das Gesetz betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 30. April 1874 § 5 vor, daß sie zwar bei allen Kassen des Reiches und sämtlicher Bundesstaaten in Zahlung angenommen werden, daß aber im Privatverkehr ein Zwang zu deren Annahme nicht stattfindet.

Es ist gleichwohl ein Irrtum, daß nur dasjenige Geld ist, was nach den staatlichen Gesetzen als Geld angenommen werden muß.[4] Ge-

---

2) So auch R. Koch, Geld und Wertpapiere S. 2 und R.G., Jur.Woch. 1903 S. 32 n. 40 im Gegensatz zu R.G. Bd. 22 S. 267, wonach Reichsbanknoten kein Geld, sondern nur Inhaberpapiere sein sollten, letzterer Ansicht auch Planck unter Berufung auf § 2 des Bankges. vom 14. März 1875.

3) Völlig unkontrolliert ist auch dieser Geldverkehr nicht. Nach dem Münzgesetz vom 9. Juli 1873 Art. 13 ist der Bundesrat befugt, den Wert von fremden Gold- und Silbermünzen zu bestimmen, über welchen hinaus sie nicht in Zahlung angeboten und gegeben werden dürfen, ferner den Umlauf einer fremden Münze gänzlich zu untersagen. Gewohnheitsmäßige und gewerbliche Zuwiderhandlungen sind mit öffentlicher Strafe belegt. Die Vereinbarungen der Parteien werden dagegen nicht ungültig, auch wenn sie jenen Anordnungen zuwiderlaufen. Eine weiter einschlagende Bestimmung des Bankgesetzes vom 14. März 1875 §§ 11 und 57 ist, daß ausländische Banknoten sowie andere ausländische unverzinsliche Inhaberpapiere, die auf Reichswährung oder eine deutsche Landeswährung lauten, innerhalb des Reichsgebietes nicht zur Zahlung gebracht werden dürfen. — Unter der Herrschaft des früheren preußischen Münzsystems gehörten hierher das Gesetz vom 14. Mai 1855, betreffend die Beschränkung der Zahlungsleistung mittels fremden Papiergeldes, und das Gesetz vom 25. Mai 1857, betreffend das Verbot der Zahlungsleistung mittels ausländischer Banknoten.

4) Dies behauptet namentlich G. Hartmann a. a. O.

wiß ist dies eine wesentliche Eigenschaft des vollkommenen Geldes. Aber was im Verkehr als Geld umläuft und als Geld geachtet ist, gilt rechtlich wenigstens in vielen Beziehungen als Geld, auch wenn ihm jene Eigenschaft fehlt. [Banknoten und Reichskassenscheine sind allgemeine Geldzeichen.]

III. Ob also eine Rechtsnorm, welche sich auf Geld bezieht, bloß für inländisches, staatliches — deutsches — Geld gilt oder auch andere als Geld zirkulierende Umlaufsmittel betrifft, ist Frage der Auslegung jener Vorschrift.[5]

Nach der deutschen Wechselordnung Art. 4 und 96 Ziff. 2 ist wesentliches Erfordernis eines Wechsels „die Angabe der zu zahlenden Geldsumme". Doch hat man nie gezweifelt, daß auch ein in Deutschland ausgestellter Wechsel, welcher auf eine im Auslande geltende Währung lautet, gültig ist. Eine andere Auslegung verstieße gegen die internationalen Zwecke des Wechsels und wäre undurchführbar.[6] [7]

Nach B.G.B. kann Sicherheit geleistet werden durch Geld oder Wertpapiere, aber durch Wertpapiere nach § 234 nur, wenn sie einen Kurswert haben und zur Anlage von Mündelgeldern geeignet sind und zwar nur in Höhe von $^3/_4$ des Kurswerts. Ohne Zweifel kann aber die Sicherheit auch mit Noten der in Deutschland gesetzlich zugelassenen Banken und mit Reichskassenscheinen geleistet werden, nicht, weil sie Wertpapiere sind, denn für Reichsbanknoten und Reichskassenscheine wären die Bestimmungen über Wertpapiere sinnlos, sondern weil sie „Geld" bilden.[8]

Nach § 270 Abs. 1 ist „Geld" auf Gefahr und Kosten des Schuldners dem Gläubiger nach seinem Wohnsitze zu übersenden. Soll dies bei ausländischem Gelde, welches geschuldet wird, anders sein? Dies entspräche nicht dem Sinn und Zwecke der Vorschrift.

---

5) Übereinstimmend: Staub 8. Aufl. Anm. 5 zu § 361, vgl. auch die dort angeführten Entsch. des R.G. Bd. 43 S. 356; Jur.Woch. 1903 S. 32 n. 41.

6) Vgl. R.G. Bd. 23 S. 111, wo nur die Frage als zweifelhalt galt, ob Wechsel „auf Rubel Polnisch" gültig seien.

7) Nach H.G.B. § 195 Abs. 3 ist die Barzahlung auf Aktien zu leisten „in deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen und in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken". Damit ist nicht gesagt, daß die letzteren kein Geld, sondern nur, daß sie keine staatliche Währung bilden.

8) Die Motive Bd. 1 S. 390 sind freilich wenig klar. Sie machen die Frage, was als Geld anzusehen sei, von der Verfassung der öffentlichen Hinterlegungsstelle abhängig. Es soll darauf ankommen, welche Geldsorte die Hinterlegungsstelle „annimmt" bezw. anzunehmen verpflichtet ist. R. Koch a. a. O. S. 9 polemisierte hiergegen und forderte, aber vergeblich, eine nähere Bestimmung dessen, was als „Geld" hinterlegt werden darf.

Soll § 301 für eine Geldschuld in fremden Münzen nicht gelten? Oder § 1288? Soll § 1653, wonach der Vater Geld seines Kindes nur unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für sich verbrauchen darf, wohl auf deutsche Münzen, nicht aber auf Reichsbanknoten und Reichskassenscheine Bezug haben? Und soll der Vormund das in Reichsbanknoten und Reichskassenscheinen bestehende Barvermögen des Mündels nicht nach § 1806 verzinslich anlegen müssen? [9]

§ 14. Die deutsche Währung.

I. Nur ein rascher Überblick über die älteren Münzverhältnisse Deutschlands ist hier möglich.

1. Die ältesten deutschen Münzen waren Goldsolidi.[1] Silberwährung wechselte später mit Goldwährung. Seit dem 16. Jahrhundert beherrschte die Silberwährung dauernd den Geldverkehr.

Ihr lag die Kölnische Mark feines Silber zugrunde, aus welcher Gulden sowie Taler, die anderthalb Gulden gleichstanden, geprägt wurden. Und zwar geschah dies ursprünglich in 18 Gulden, gleich 12 Talern, dann in 20 Gulden nach dem Zwanzig-Gulden- oder Konventionsfuß, später, vornehmlich in Preußen seit 1750, in 14 Talern nach dem 21-Guldenfuß, in Südwestdeutschland kam der 24-Gulden-, schließlich der $24^1/_2$-Guldenfuß in Aufnahme.

2. Das Münzsystem Preußens erhielt eine feste Grundlage durch das Münzedikt vom 28. März 1764. Dieses beruhte auf einer Parallelwährung. Man rechnete nämlich einesteils nach Talern Kurant in Silberwährung, andernteils nach Talern Gold. Beide Währungen standen ursprünglich in keinem festen Verhältnis zueinander, so daß Silberschulden in Silber, Goldschulden in Gold zu berichtigen waren. Im Verkehr aber nahm man die 5 Taler Gold darstellende Goldmünze, den Friedrichsdor zu $5^2/_3$ Taler Kurant, was schließlich auch staatliche Anerkennung erhielt. Infolge des Münzgesetzes vom 4. Mai 1857 hörte die Prägung von Talern Gold auf.

---

9) Endemann Bd. 1 S. 519 lehrt freilich: in dem Sinne als usuellen Geldes wird „Geld" im B.G.B. nicht angewendet. Gründe hat er hierfür nicht beigebracht. Ähnlich für das frühere Recht u. a. R.G. Bd. 22 S. 267 „Reichsbanknoten und Reichskassenscheine sind nicht Geld, sondern Inhaberpapiere, welche auf Sicht zahlbar sind." Gewiß sind sie Inhaberpapiere, aber sie dienen auch als Geld. Ebensogut könnte man sagen, Taler sind nicht Geld, sondern Stücke Silber!

1) Brunner, Savignyzeitschrift germ. Abt. Bd. 19 S. 79.

3. Zur Zeit des deutschen Bundes wurden zunächst unter den Zollvereinsstaaten Münzkonventionen geschlossen. Der Wiener Münzvertrag vom 24. Januar 1857 regelte dann die Grundlagen der Währung für alle Staaten des deutschen Bundes gleichmäßig. Das Einzelne blieb gleichwohl buntscheckig, in Norddeutschland herrschte der Taler und der Groschen, in Südwestdeutschland der Gulden und der Kreuzer nach dem $24^1/_2$ Guldenfuß und wieder anders gestaltete sich die Währung in Österreich.

II. Die Gründung des deutschen Reiches eröffnete eine neue Zeitepoche auch für das deutsche Münzwesen.[2]

Dieses wurde für das ganze Deutsche Reich streng einheitlich geregelt. Die Goldwährung trat, wenigstens grundsätzlich, an die Stelle der Silberwährung.

In Ausführung der Reichsverfassung wurde die Neugestaltung eingeleitet durch das Gesetz vom 4. Dezember 1871, betreffend die Ausprägung von Reichsgoldmünzen, und vervollständigt durch das Münzgesetz vom 9. Juli 1873, welches mit dem 1. Januar 1876 in Kraft getreten ist.[3]

1. Reichsgeld sind infolge dieser Gesetze Goldmünzen. Und zwar bildet die Grundlage des Münzsystemes das Zehnmarkstück oder die Krone, wenn auch das Zwanzigmarkstück oder die Doppelkrone mehr im Verkehr ist.[4] Aus einem Pfunde Gold werden $139^1/_2$ Kronen ausgeprägt, so daß — unter Zurechnung von $^1/_{10}$ Kupfer auf $^9/_{10}$ Gold — 125,55 Kronen im Normalgewicht ein Pfund ausmachen. In entsprechendem Verhältnis werden ausgeprägt die Doppelkronen — Zwanzigmarkstücke — wie auch früher halbe Kronen — goldene Fünfmarkstücke.

Bei dem einzelnen Stück soll die Abweichung vom Normalgewicht nicht mehr als $2^1/_2$ Tausendstel des Gewichtes, und $^2/_{1000}$ des Feingehalts betrugen.[5] Doch gelten im Verkehr als vollwichtig und sind in

---

2) R. Koch, Die Reichsgesetzgebung über Münz- und Bankwesen. 3. Aufl. 1898.

3) Vgl. Reichsges. vom 20. April 1874, vom 28. Februar 1892, vom 6. Juni 1876. — Kaiserl. Verordnung vom 22. September 1875 R.G.B. S. 303. — Preußen ging zur Markrechnung schon mit dem 1. Januar 1875 über.

4) Die Namen „Krone" und „Doppelkrone" wurden durch Kaiserlichen Erlaß vom 17. Februar 1875 festgestellt.

5) Für goldene Fünfmarkstücke war die Fehlergrenze weiter gezogen und das Passiergewicht ist ein geringeres. Münzgesetz vom 9. Juli 1873 Art. 2. — Die Reichsgoldmünzen zu fünf Mark sind gemäß Reichsges. vom 1. Juni 1900 außer Kurs gesetzt.

Zahlung zu nehmen Reichsgoldmünzen, deren Gewicht um nicht mehr als $^5/_{1000}$ hinter dem Normalgewicht zurückbleibt — sog. Passiergewicht — vorausgesetzt, daß dieses Zurückbleiben des Gewichtes durch mangelhafte Prägung oder durch den Umlauf und nicht nachweisbar durch eine Beschädigung anderer Art erfolgte.[6] Münzen, die das Passiergewicht nicht haben, sind kein Geld. Geschah die Ausprägung unter dieser Grenze oder sind sie durch den Umlauf unter sie gekommen, so sind sie einzuziehen und nur noch von Kassen des Reiches und der Bundesstaaten in Zahlung zu nehmen.

2. Das Zehnmarkstück zerfällt rechnungsmäßig in 10 Mark; die Mark ist in hundert Pfennige geteilt. Diese Teilbeträge werden dargestellt durch Scheidemünzen, nämlich Markstücke in Silber und Pfennigstücke in Nickel und in Kupfer. Private sind nicht verpflichtet, Reichssilbermünzen im Betrage von mehr als 20 Mark, und Nickel- und Kupfermünzen im Betrage von mehr als 1 Mark in Zahlung zu nehmen, wohl aber sind die Reichs- und Landeskassen hierzu gehalten.[7]

3. Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 9. Juli 1873 findet die Ausprägung von anderen als den dort aufgeführten Reichsmünzen im Deutschen Reiche nicht mehr statt.

Die Reichsmünzverfassung war gleichwohl bis vor kurzem nicht vollständig durchgeführt. Denn trotz der eingeführten Goldwährung mußten allgemein die nicht eingezogenen, der Silberwährung angehörenden Eintalerstücke deutschen Gepräges bei Schulden jeden Betrags in Zahlung genommen werden, blieben also Währung.[8] Das Gesetz vom 6. Januar 1876 ermächtigte freilich den Bundesrat, die Bestimmung zu treffen, daß die gedachten Eintalerstücke nur noch wie Reichssilbermünzen — also höchstens bis zu 20 Mark — gesetzliches Zahlmittel bilden, eine solche Maßregel sollte frühestens einen Monat nach

---

6) Das Gesetz vom 4. Dezember 1871 § 9 Abs. 1 spricht nicht sehr klar davon, daß Münzen bis zum Passiergewicht als vollwichtig gelten, „wenn sie nicht durch gewaltsame oder gesetzwidrige Beschädigung im Gewicht verringert sind".

7) Münzgesetz vom 9. Juli 1873 Art. 9. Die Reichsscheidemünzen sind in bestimmten Beträgen von hierzu bestimmten öffentlichen Kassen in Reichsgeld umzutauschen.

8) Ursprünglich galt dies auch für die in Österreich bis Ende 1867 geprägten Talerstücke. Durch die Bekanntmachung vom 8. November 1900 haben aber die in Österreich ausgeprägten Vereinstaler die Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel verloren; sie wurden nur bis zum 31. März 1901 von Reichs- und Landeskassen zum Umtausch noch angenommen.

der Verkündigung in Kraft treten. Bis zu ihrer Vornahme oder einer dem Bundesrat gleichfalls offenstehenden Außerkurssetzung aller Taler besaßen wir nicht reine Goldwährung, sondern eine gemischte Währung.[9] [Seit dem 1. Oktober 1907 aber haben wir die reine Goldwährung, da nach der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 27. Juni 1907 (R.G.Bl. S. 401) auch die Eintalerstücke deutschen Gepräges von jenem Tage nicht mehr gesetzliches Zahlungsmittel sind und die nach dem Gesetze vom 19. Mai 1908 (R.G.Bl. S. 212) auszuprägenden Dreimarkstücke die Eigenschaft von Scheidemünze haben.]

4. Alle Zahlungen, welche nach der früheren Gesetzgebung in inländischer Währung zu leisten wären, sind vom Inkrafttreten des Münzgesetzes von 1873 an nach dessen Art. 15 nur in Reichsmünzen zu leisten,[10. 11. 12] [nachdem die Taler mit dem 1. Oktober 1907 ihre Eigenschaft als gesetzliches Zahlungsmittel verloren haben].

---

9) Volkswirte nehmen nicht selten an, daß eine Doppelwährung nur da existiere, wo die Privaten fordern können, daß der Staat ihre Barren, seien sie nun Silber oder Gold, gegen eine angemessene Vergütung in Münze umpräge. In diesem Sinn äußert sich auch das R.O.H.G. Bd. 25 S. 44: „Die Doppelwährung existiere in Deutschland bis zur vollständigen Durchführung der Goldwährung und völliger Einziehung der Landessilbermünzen nur scheinbar; reell aber deshalb nicht, weil die als Zahlungsmittel vorläufig noch kursierenden Landessilbermünzen durch die versagte fernere Ausmünzung und durch die sukzessive Einziehung den Schuldnern nicht nach Wahl und Bedarf zur Verfügung stehen, den Schuldnern also auch die Möglichkeit entzogen sei, bei der Veränderung des im Gesetz normierten Wertverhältnisses von Gold zu Silber durch den Markt das billigere Silber zwecks Ausmünzung auf Privatrechnung anzukaufen und in den so ausgeprägten neuen Silbermünzen nicht mehr zu zahlen als den aktuellen Silberwert." Daß die Taler noch immer dem Bedarf genügend bereit stehen, ist tatsächlich zu behaupten, unrichtig aber ist die Ansicht, wonach es zum Wesen der Silberwährung gehört, daß Private die beliebige Ausmünzung ihrer Silberbarren beanspruchen können. Das Münzsystem eines Staates und seine Währung ist davon unabhängig, ob und inwieweit er eine Ausmünzung auf Rechnung von Privaten vornimmt.

10) Nach Art. 14 § 2 des Münzgesetzes ist in allen gerichtlich oder notariell aufgenommenen Urkunden, welche auf einen Geldbetrag lauten, desgleichen in allen zu einem Geldbetrage verurteilenden Entscheidungen dieser Geldbetrag, wenn für ihn ein bestimmtes Verhältnis zur Reichswährung besteht, in Reichswährung auszudrücken, so daß daneben Angabe der ursprünglichen Währung gestattet ist.

11) Bei Schulden, die auf Taler Gold lauten, sind, wenn sie nach dem 31. Dezember 1831 entstanden sind, in Gemäßheit des Münzgesetzes von 1857 § 18 5 Tlr. = 5 Tlr 20 Sgr., also gleich 17 Mark zu rechnen. Man wird aber auch bei älteren Schulden in Taler Gold im Zweifel das gleiche Verhältnis zugrunde legen, wenn es an anderer sicherer Bestimmung fehlt.

12) Gewisse ausländische Schuldverschreibungen, insbesondere Obligationen österreichischer Eisenbahnen, enthalten das Versprechen, den Gläubigern die Zinsen nach ihrer Wahl an deutschen Plätzen, z. B. Frankfurt a. M. oder Berlin in Talern oder süddeutschen Gulden zu leisten. Unter Berufung

§ 15. Metallwert, Nennwert, Kurswert.

1. Man unterscheidet beim Gelde den Metallwert, d. h. den Wert des in ihm enthaltenen reinen Metalls, den Nennwert, d. h. den Wert, welchen der Staat der Münze durch Präge oder Gesetz zuschreibt, und den Kurswert, d. h. den Wert, zu welchem die Münze im Verkehr genommen wird. Hieran schließt sich die Frage, welcher dieser Werte im Fall einer Differenz bei Zahlungen zugrunde zu legen ist.

2. Im allgemeinen können Geldschulden nur in der gesetzlichen Währung, also jetzt in Reichsmünzen, gezahlt werden, vorbehaltlich anderweiter Vereinbarung der Beteiligten. Hierbei muß der Gläubiger das Geld zum Nennwert nehmen, wenn diesem auch Metallwert und Kurs nicht entspricht.[1] Denn der Staat prägt die

---

auf die Beseitigung der Taler- und Guldenwährung weigerten sich österreichische Eisenbahngesellschaften, dieser Verpflichtung weiter nachzukommen. Gewiß mit Unrecht. Denn es wurde die bezügliche Klausel offenbar aufgenommen zu dem Zweck, das deutsche Kapital heranzuziehen und zwar durch die Aussicht, daß in deutscher Währung, zu deren Konstanz der deutsche Kapitalist Vertrauen hatte, auf dessen Verlangen gezahlt werde. Wenn hierbei des Talers und Guldens gedacht wurde, so geschah dies, weil er Repräsentant deutscher Währung war. Es kann nicht als die Absicht bei Eingehung des Geschäfts erachtet werden, daß der Schuldner für den Fall einer Änderung der die deutsche Währung repräsentierenden Münze von der Verpflichtung, auf Verlangen in deutscher Währung zu zahlen, frei sein solle. Dazu kommt, daß anerkanntermaßen die Weise der Erfüllung von Obligationen sich richtet nach dem Rechte des Erfüllungsorts. Insoweit unterwirft sich der Schuldner jedenfalls dem am Erfüllungsorte zur Zeit der Erfüllung geltenden Recht. Vgl. österr. b. Gesetzbuch § 905, ferner den auch in Österreich publizierten Art. 336 Abs. 1 des H.G.B., siehe auch Unger, österr. Pr.R., 3. Aufl. I, S. 182. Am deutschen Erfüllungsort aber ist die Talerschuld zum Werte von 3 Mark zu berechnen und nach dieser Proportion in Reichswährung zu bezahlen. So auch R.O.H.G. und R.G. Bd. 1 S. 23, Bd. 6 S. 127, Bd. 19 S. 48, anders aber die österreichischen Gerichte. Die von diesen Gerichten gefällten Urteile in den sog. Couponprozessen siehe bei Goldschmidts Zeitschrift Bd. 27 S. 512, Bd. 28 S. 283 ff. Gegen das R.G. Bekker, Couponprozesse 1881. Vgl. Hartmann, internationale Geldschulden im Archiv für ziv. Praxis Bd. 65 S. 137.

1) Beide Sätze gelten zweifellos nach dem Reichsmünzgesetz vom 9. Juli 1873 Art. 14. Sie haben ihr Korrektiv in der Bestimmung, daß Goldmünzen, welche das Passiergewicht nicht mehr haben, nicht mehr Geld sind. Daß auch der römische Staat der pecunia publica populi Romani dieselbe Funktion beilegte, hätte billigerweise nicht bestritten werden sollen. Vgl. hierüber Hartmann a. a. O. S. 111. Auch das L.R. I, 11 § 788 stand auf dem Standpunkt einer festen Währung. Die Berücksichtigung des Kurswertes verwirft es ausdrücklich, L.R. I, 11 § 792. Aus § 790 geht hervor, daß auch der Metallwert nicht entscheiden sollte. Doch dies alles hat nur historischen Wert. Interessanter ist der Streit, welcher auf der Höhe des gemeinen Rechts ausgefochten wurde und bei dem es sich mehr darum handelte, was grundsätzlich Rechtens sein soll, als was wirklich Rechtens war. Savigny setzt das Wesen des Geldes in seine allgemeine Kaufkraft, findet diese Kraft in der öffentlichen Meinung begründet, so daß der Staat nur unterstützend einzutreten

Münzen gerade zu dem Zweck, ein stetiges Wertäquivalent zu schaffen. Damit steht aber folgendes nicht in Widerspruch:

a) Historisch war es nichts Seltenes, daß eine Münze in ihrem Wert beim Übergange zu einem anderen Münzfuß mit Beibehaltung ihres Namens herabgesetzt wurde, wie das bei der Ausmünzung der kölnischen Mark Silber, welche die frühere Grundlage des deutschen Münzsystems bildete, geschehen ist.[2] Eine Verbindlichkeit, die unter dem alten Münzfuß begründet wurde, ist nach Einführung des neuen im Verhältnis des alten zum neuen Münzfuß umzusetzen.[3] Denn trotz Gleichheit des Namens ist die neue Münze eine andere als die alte.

b) Es ist zulässig, bei Eingehung einer Schuld zu bestimmen, daß inländisches Geld nur nach dem Kurse genommen werden muß, welchen es an der Börse hat oder der sich durch die Wechselkurse auf einen ausländischen Platz, z. B. London, Paris ergibt. Ein solcher Vertrag würde eine Geldschuld begründen, deren Höhe von einer Bedingung abhängig ist. Dergleichen Verträge werden nur dann häufiger, wenn die Währung sich verschlechtert, z. B. in Papier besteht, welches zum legalen Zahlmittel gemacht und massenhaft ausgegeben wird.

3. Ist dem Schuldner freigestellt, in Verkehrsgeld zu zahlen, so ist dessen Kurswert zugrunde zu legen d. h. dessen Verhältnis zur gesetzlichen Währung. Solches Geld dankt eben seine Geltung dem Verkehr und seinem Kurs, und ist regelmäßig vom Staate nicht in einer für die Privaten verbindlichen Weise tarifiert.

Eine derartige Vereinbarung kann schon bei Begründung der Schuld getroffen sein. Beispielsweise ist dies der Fall beim sog. Wertwechsel, bei welchem der in der Landeswährung z. B. zu 100 Mark fixierten Summe die Klausel zugefügt wird „oder Wert", um dem Schuldner

---

habe und schließt daraus, daß es grundsätzlich von der öffentlichen Meinung abhänge, was Geld sei und zu welchem Betrag es Geld sei, wonach also der Kurswert maßgebend sein müsse. S. 454. Die neueren Bearbeitungen haben gezeigt, daß dem praktischen Bedürfnis, welches eine publica ac perpetua aestimatio fordert — Paulus l. 1 D. de c. e. 18, 1 — mit einem bloßen Kursgeld nicht gedient sein kann, daß der Staat sich daher mit dem Münzen die höhere Aufgabe der festen Währung zu stellen hat und stellt. So namentlich Hartmann und Goldschmidt a. a. O. Richtig ist aber, daß der Staat sich in der Feststellung seiner Währung im Einklang mit der Schätzung des Verkehrs halten muß, und daß jeder Mißbrauch und Fehler in dieser Hinsicht die Münzverhältnisse zerrüttet, indem er die Reaktion der Privatinteressen hervorruft, welche sich trotz der gesetzlichen Feststellung der Währung auf dem Gebiete des Vertragsrechts geltend zu machen weiß.

2) Vgl. oben S. 37.

3) So ausdrücklich A.L.R. I, 11 § 787, vgl. O.T. Bd. 22 S. 308.

die Möglichkeit zu eröffnen, statt in Landesmünze in anderen Geldsorten nach deren Kurs zu zahlen.[4] Auch bei Gelegenheit der Zahlung kann es zu solcher Vereinbarung kommen, indem z. B. Reichsbanknoten oder Reichskassenscheine oder auch 20-Frankstücke nach Kurs angenommen werden.

§ 16. Geldsortenschuld.

I. Eine eigentümliche Art der Geldschuld ist die Geldsortenschuld, bei welcher nicht Geld als solches, sondern eine bestimmte Sorte Geld geschuldet wird.[1] Die Angabe einer Geldsorte im Schuldvertrage geschieht aber zu verschiedenen Zwecken:

a) Sie erfolgt nicht selten, ohne daß man auf die einzelnen Münzsorten besonderes Gewicht legt, bloß zu dem Zweck, den Betrag der Schuld anzugeben, so daß eine gewöhnliche Geldschuld vorliegt. Ob dies die Meinung beim Geschäftsschluß war, ist Sache der Auslegung. Das Versprechen von 100 Kronen wird man z. B. häufig — so beim Kauf eines Gemäldes — als Geldschuld, nicht als Geldsortenschuld anzusehen haben; Zahlung kann dann auch in anderen Sorten, z. B. Doppelkronen geleistet werden.

Namentlich ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld nicht als Geldsortenschuld anzusehen. Daher bestimmt B.G.B. § 244[2], daß dann, wenn eine auf fremde Währung lautende Schuld im Inlande zu zahlen ist, die Zahlung in Reichswährung erfolgen kann, es sei denn, daß Zahlung in der ausländischen Währung ausdrücklich[3] bedungen ist.[4] Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswert, der zur Zeit der Zahlung an dem Zahlungsorte maßgebend ist.[5]

b) Eine Geldsortenschuld liegt aber vor, wenn die Geldsorte beim Geschäftsschluß zu dem Zweck hervorgehoben

---

4) Die Gültigkeit des Wertwechsels erkennt an R.O.H.G. Bd. 1 S. 279 ff., Bd. 2 S. 118 ff.

1) Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. 1 S. 1147 ff.

2) E. I § 215 Abs. 1; Mot. Bd. 2 S. 13.

3) Über das „ausdrücklich" siehe W.O. Art. 37; altes H.G.B. Art. 336; Koch a. a. O. S. 17. Mehr als unzweideutige Willensäußerung wird nicht verlangt. Doch sind die Ansichten geteilt. S. die Literatur bei Staudinger zu § 244.

4) In Ermangelung besonderer ausdrücklicher Vereinbarung kann, nicht muß, der Schuldner in Reichswährung zahlen. Es liegt eine sog. facultas alternativa vor, welche durch ausdrückliche Verabredung, wie „effektiv" oder „nur" ausgeschlossen werden kann.

5) Lautet die Verurteilung auf Zahlung im Ausland, so ist sie in dortiger Währung anzusetzen. R.O.H.G. Bd. 15 S. 330.

wurde, um festzusetzen, daß die Schuld in dieser Sorte getilgt werden muß. Diese Absicht kann durch Hinzufügung des Wortes „effektiv“ oder ähnliche Wendungen kenntlich gemacht sein. Man kann in solcher Art eine Sorte der einheimischen Währung auszeichnen. Es wird z. B. vereinbart, eine Markschuld zu leisten in Gold, nicht in Silberscheidemünzen.[6]

II. Die Geldsortenschuld ist nun aber bald bloß eine qualifizierte Geldschuld, bald eine exklusive Geldsortenschuld.

1. Bei der ersteren ist zwar die bedungene Sorte wesentlich, aber die Hauptabsicht geht auf eine Geldleistung überhaupt. So lange die bedungene Sorte im Umlauf ist, ist in ihr zu zahlen; befindet sie sich zur Zahlungszeit nicht mehr im Umlauf, so ist in anderem Gelde zu leisten. So verhält es sich z. B. bei einer Schuld, welche in Friedrichsdor gezahlt werden sollte. B.G.B. § 245.[7]

2. Von anderer Natur ist die exklusive Geldsortenschuld[8], bei welcher es dem Gläubiger in erster Linie auf die bedungene Sorte ankommt, z. B. wegen seines Verkehrs mit dem Ausland. Hier kann nur in der benannten Münze gezahlt werden. Ist diese nicht mehr vorhanden, so wird der Schuldner wegen Unmöglichkeit der Leistung frei[9], vgl. B.G.B. § 275.

B.G.B. § 245 steht nicht entgegen, da dieser eine wahre Geldschuld voraussetzt.

§ 17. Die Wertpapiere.[1]

1. Der Begriff der Wertpapiere gehört dem modernen Verkehr an.

Das Wort Wertpapier wurde in das alte Handelsgesetzbuch bei dessen Beratung eingeführt und war schon in der späteren deutschen

---

6) Über die Eintragung der Verpflichtung zur Zahlung von Goldmünzen im Grundbuche siehe unten Bd. 3 § 229, S. 748 Anm. 17.

7) Art. 37 Wechselordnung wie A.L.R. I 16 § 81. — R.G. Bd. 6 S. 127.

8) Bei der Verpflichtung zur Beschaffung von „Siegestalern“ kommen diese nicht als Geld in Betracht, da sie nicht als Zahlungsmittel Gegenstand des Vertrags bilden; vgl. § 80 A.L.R. I, 16. Bei ihnen handelt es sich bloß um eine Gattungsobligation im Sinne des § 243 des B.G.B.

9) Diese Grundsätze ergeben sich aus der Absicht der Vertragschließenden, wenn sie auch das Gesetz nicht besonders entwickelt. — Natürlich können auch spezielle Geldstücke geschuldet werden. Vorausgesetzt werden hierbei Veranstaltungen, welche die Identität der Spezies sichern, z. B. Verschließen in einem Sack.

1) Brunner in Endemanns Handbuch Bd. 2 S. 140; R. Koch, Geld und Wertpapiere S. 3; Jakobi, Die Wertpapiere des bürgerlichen Rechts 1901 und dazu Karl Lehmann in Goldschmidts Ztschr. f. H.R. S. 604. Ferner das bei § 13 Anm. 1 angeführte Werk von Gierke.

Gesetzgebung vielfach verwendet, so in der Z.P.O. alter Fassung. Es findet sich jetzt namentlich im H.G.B. neuer Fassung, im Depotgesetz, im B.G.B. sowie in der Z.P.O. und in der Konk.O. neuer Fassung.

Doch ist die Abgrenzung des Begriffs im Verkehr keine sichere, es bestehen über ihn verschiedene Auffassungen in der Literatur, und in den einzelnen gesetzlichen Vorschriften wird der Ausdruck „Wertpapier" nicht immer genau in demselben Sinne gebraucht. Eine gesetzliche Definition hat auch das B.G.B. nicht gegeben.

Man kann als Wertpapier eine Urkunde über ein Vermögensrecht bezeichnen, bei welchem die Berechtigung an die Urkunde geknüpft ist.[2]

Urkunden, welche bloß zum Beweise eines Rechts dienen, sind keine Wertpapiere, so hoch auch ihre Wichtigkeit für die Geltendmachung eines Vermögensrechts sein mag.[3]

Keine Wertpapiere sind im allgemeinen[4] Legitimationspapiere — B.G.B. § 808 — bei welchen der Schuldner zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, dem Inhaber des Papieres zu leisten.

2. Wertpapiere sind nicht bloß Urkunden über Forderungsrechte, sondern auch über Gesellschaftsanteile, insbesondere Aktien, und über dingliche Rechte.

Zu den Wertpapieren gehören vor allen die Inhaberpapiere, welche die vollkommensten Wertpapiere bilden, ferner Orderpapiere. Aber auch Namenpapiere können Wertpapiere sein. Ausdrücklich spricht dies Z.P.O. § 822 aus, vgl. B.G.B. § 234. Es gehören hierher Namensaktien, vgl. H.G.B. § 222, sowie Kuxscheine.[5]

3. Wertpapiere werden in Gesetzen häufig neben vertretbare Sachen gestellt, z. B. § 592 Z.P.O. Es ergibt sich schon hieraus, daß sie nicht notwendig vertretbare Sachen sein müssen.[6] Aber selbstverständlich sind die Wertpapiere sehr häufig vertretbare Sachen.

4. Wertpapiere sind Präsentationspapiere, d. h. der Schuldner ist zur Leistung nur gegen Aushändigung des vorgezeigten

---

2) Vgl. R. Koch a. a. O. S. 4; Brunner, Handbuch S. 147.

3) R.G. Bd. 20 S. 135, Bd. 29 S. 301.

4) Preuß. Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 § 1 Ziff. 3 spricht von „Wertpapieren auf Namen, auf welche die Zahlung dem Inhaber geleistet werden kann", behandelt also bloße Legitimationspapiere als Wertpapiere; ebenso die preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 60, vgl. Cohn bei Gruchot Bd. 32 S. 602.

5) Vgl. unten Bd. 3 §§ 152, 153 der III. und IV. Aufl.g.

6) Lospapiere z. B. sind nicht vertretbar, unten Bd. 3 § 4 Absch. 4.

Papieres verpflichtet. Daher sind sie auch in der Regel Holschulden, d. h. der Gläubiger muß die Leistung beim Schuldner abholen; letzterer ist nicht verpflichtet, das Geschuldete dem Gläubiger zu bringen.[7]

5. Wertpapiere können in der Regel im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden, Z.P.O. § 1003. Wer das Ausschlußurteil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber befugt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen, Z.P.O. § 1018. Jedoch ist ein solches Aufgebotsverfahren keineswegs bei allen Wertpapieren zulässig. Vgl. B.G.B. § 799 Abs. 1 Satz 2.

6. Die Wertpapiere haben sehr verschiedene rechtliche Eigenschaften, ihre Entstehung, ihr Untergang, ihre Rechtswirkungen weichen auf das erheblichste voneinander ab.

Eine eingehende allgemeine Theorie der Wertpapiere aufzustellen, ist daher in einer umfassenden Darstellung des bürgerlichen Rechts nicht zweckmäßig.

Fünftes Kapitel.

Die Zinsen.

§ 18. Die Zinsenpflicht im allgemeinen.[1]

1. Das B.G.B. unterstellt die Zinsen den Früchten, § 101 Ziff. 2, bezeichnet sie dort als regelmäßig wiederkehrende Erträge, und begreift sie unter den von einem Hauptanspruch abhängenden Nebenleistungen im § 224. Es bestimmt aber den Begriff der Zinsen nicht näher, setzt ihn vielmehr voraus, so daß er der Auffassung des Verkehrs und des bisherigen Rechts zu entnehmen ist.

Demgemäß sind Zinsen das Einkommen aus einer in Geld[2] oder anderen vertretbaren Sachen bestehen-

---

7) Anders freilich, wenn ein Wechsel beim Gläubiger domiziliert ist, vgl. unten im Wechselrecht.

1) Vgl. Petrazycki, Einkommen Bd. 2 S. 123.

2) Gewöhnlich ist die Hauptforderung eine Geldforderung. Dies ist aber nicht wesentlich, insbesondere wird auch bei einer Forderung auf andere vertretbare Sachen eine Zinsvereinbarung anzuerkennen sein. Dies folgt zunächst aus § 246, welcher im Gegensatz zu § 245 von einer Schuld, nicht von einer Geldschuld spricht. Ferner erkennt das B.G.B. in §§ 607, 608 ein verzinsliches Darlehen vertretbarer Sachen an. — Gesetzliche Zinsen insbesondere Verzugszinsen und Prozeßzinsen setzen eine Geldschuld voraus. — Miets- und Pachtzinsen (§ 535) sind im engeren Sinne keine Zinsen, vgl. L.G. Darmstadt vom 13. April 1901 Hess. Rechtspr. Bd. 2 S. 45.

den Kapitalschuld, welches in Geld oder anderen vertretbaren Sachen zu entrichten ist, in Prozenten des Kapitals bemessen wird, vom Hauptanspruch abhängt und neben diesem geschuldet wird.[3]

2. Hiernach sind unter anderem keine Zinsen

a) Abzüge, welche der Gläubiger dem Schuldner bei der Zahlung der Darlehensvaluta macht, das im Verkehr sog. Damnum, ferner nicht Zuschläge, welche bei Rückzahlung des Kapitals zu zahlen sind. Hierin liegen keine wiederkehrenden Leistungen. Solche Vorteile zählen nicht zum Einkommen, sondern bilden Kapitalvermehrung. Ebensowenig gehört die einmalige Provision bei der Darlehnshingabe zu den Zinsen.[4]

b) Verschieden von Zinsen sind ferner Renten, welche statt eines gewährten Kapitals periodisch geschuldet werden. Sind sie aber wiederkehrende Reallastleistungen, so finden die Vorschriften über Zinsen von Hypothekenforderungen auf die einzelnen Renten Anwendung, § 1107; gleiches gilt bezüglich der einzelnen Leistungen einer Rentengrundschuld, § 1200 Abs. 1.[5]

c) Begrifflich haben nichts mit den Zinsen gemein die sog. Amortisationsleistungen, welche die allmähliche Tilgung eines Kapitals bezwecken, sie sind nicht Frucht, vielmehr Teile des Kapitals. Werden sie aber, wie häufig, in der Form von Zuschlägen zu den Zinsen entrichtet, so unterliegen sie derselben Verjährung wie Zinsen, B.G.B. § 197.[6]

d) Dividenden, welche Aktiengesellschaften an ihre Aktionäre, wie auch andere korporativ organisierte Gesellschaften an ihre Mitglieder aus dem Reingewinn, welchen die Jahresbilanz ergibt, verteilen, bilden zwar ein wiederkehrendes Einkommen und haben insofern für die menschliche Wirtschaft eine ähnliche Bedeutung wie Zinsen. Aber sie sind nicht fest bedungen und sind daher rechtlich und häufig tatsächlich

---

3) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 28 Anm. 3, vgl. Planck 3. Aufl. Anm. 1 zu § 246; Staudinger 3/4. Aufl. S. 24 Vorbem.

4) Das A.L.R. I, 11 §§ 803 und 810 bezeichnete bei Darlehen alle Vorteile, die der Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten mußte, als Zinsen. Daher rechnete man zu den Zinsen — Bolze Bd. 1 n. 438 S. 107 — die in einem Prozentsatz ausgedrückte jährliche Verwaltungsgebühr, welche sich die Hypothekenbanken neben den Zinsen gewähren ließen. Dies wird nach dem B.G.B. nicht anzunehmen sein.

5) Vgl. unten Bd. 3 § 247 der III. Auflg

6) Auch nach § 10 Ziff. 4 des Zwangsversteigerungsgesetzes werden die Amortisationsleistungen wie Zinsen behandelt. — Vgl. unten Bd. 3 S. 42 Anm. 10 und S. 633 der IV. Auflg.

sehr verschieden von Zinsen. Dagegen werden die sog. Bauzinsen der Aktiengesellschaften, welche nach H.G.B. § 215 für die im Statut bestimmte Längstzeit der Vorbereitung des Unternehmens bewilligt werden können, wie Zinsen rechtlich behandelt, obgleich auch sie keine Zinsen, sondern teilweise geschehende Rückzahlung der Einlage der Aktionäre bilden.[7. 8]

3. Zinsen sind in dem Sinne von der Hauptschuld abhängig, daß sie nur verfallen, solange die Hauptschuld besteht.

Wird also die Hauptschuld angefochten, so daß sie infolgedessen als von Anfang an nichtig anzusehen ist, B.G.B. § 142 Abs. 1, so wird hiermit auch die inzwischen erwachsene Zinsschuld vernichtet. Erfolgt Aufrechnung der Hauptschuld, so erlöschen Zinsverpflichtungen, die seit dem Zeitpunkt erwuchsen, in welchem ihr die Gegenforderung aufrechenbar gegenüber trat, da die Forderungen von dieser Zeit an als erloschen gelten, B.G.B. § 389.

Endigt aber der Hauptanspruch, nachdem aus ihm Zinsverpflichtungen erwuchsen, nicht ex tunc, sondern ex nunc z. B. durch Zahlung, so berührt dies die fällig gewordene Zinsverpflichtung nicht. Insoweit sind verfallene Zinsen selbständig.

Es ist also nur eine auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhende Ausnahme, daß mit der Verjährung der Hauptschuld auch deren Nebenleistungen, insbesondere verfallene Zinsen verjähren, B.G.B. § 224.[9] Hierdurch soll verhütet werden, daß über den Hauptanspruch, welchem die Klagbarkeit durch die Verjährung um des Friedens willen entzogen ist, wegen der Zinsen der letzten vier Jahre vor Vollendung der Verjährung noch gerichtlich verhandelt wird.

4. Kapital und Zinsen bilden ein Schuldverhältnis im weiteren Sinne.[10] Dies gilt auch für verfallene Zinsen.

---

7) R.O.H.G. Bd. 22 S. 19, übereinstimmend Staub 8. Aufl. Anm. 7 zu § 215 und dort Angeführte.

8) Art. 106 des alten Handelsgesetzbuchs schrieb vor, daß den Mitgliedern einer offenen Handelsgesellschaft von ihrem Geschäftsanteile 4 % Zinsen am Jahresschlusse gutgeschrieben werden sollten. Er schloß sich hierbei der kaufmännischen Behandlungsweise und Auffassung an; rechtlich liegen hierin keine Zinsen, da es sich hierbei nicht um ein geschuldetes Kapital handelt. Daher bestimmt jetzt H.G.B. § 121 juristisch genauer, daß jedem Gesellschafter vom Jahresgewinne zunächst „ein Anteil" in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils gebührt. Entsprechend § 168 des H.G.B.

9) Dies nach dem Vorbilde der l. 21 C. de usuris 4, 32.

10) Daher erstreckt sich das Pfandrecht an einer Forderung auch auf die Zinsen, § 1289, haftet das Pfand wie der Bürge auch für die Zinsen der versicherten Forderung §§ 1210, 767. Das Pfandgrundstück haftet freilich

Die Zinsen nehmen daher an Vorrechten des Kapitals teil, Konk.O. § 62 Ziff. 3, Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 § 12.

Das Kapital ist Gegenstand der Hauptforderung; die Zinsen werden als Nebenleistungen aufgefaßt. Dies ist wichtig für den Prozeß, vgl. Z.P.O. §§ 4, 321 Abs. 1. Nach dem Kapital allein bemißt sich die Revisionssumme.[11] Wurden jedoch rückständige Zinsen durch Vereinbarung zum Kapitale geschlagen, so liegt hierin eine Umwandlung, welche ihre Natur als Zinsen aufhebt und sie zu Bestandteilen des Kapitals macht.

Wenn auch Kapital und rückständige Zinsen zu einem Schuldverhältnis im weiteren Sinne gehören, so sind sie innerhalb dieses Verhältnisses selbständige Verpflichtungen. Bietet daher der Schuldner zwar Zahlung der rückständigen Zinsen an, nicht aber des gleichfalls fälligen Kapitals — etwa weil er, wenn auch mit Unrecht, dessen Fälligkeit bestreitet —, so darf der Gläubiger die Zahlung der Zinsen nicht zurückweisen. Denn eine „Teilleistung" im Sinne des § 266 ist in der Zinsenzahlung nicht zu sehen.[12]

Dagegen braucht der Gläubiger Zahlung des Kapitals nicht anzunehmen, wenn ihm nicht gleichzeitig die rückständigen Zinsen angeboten werden.[13] Denn die Zahlung der Zinsen als des fortlaufenden Einkommens, auf welches der Gläubiger regelrecht seinen Lebensunterhalt gründet, hat der Kapitalzahlung vorzugehen.

5. Für Schuldverschreibungen auf den Inhaber werden üblicherweise Zinsscheine ausgegeben.

Diese Form ändert an der Natur der Zinsen nichts. Es verfallen daher von einer derartigen Zinsenschuld so wenig wie bei gewöhnlichem Zinsenversprechen Verzugszinsen. Auch prozessualisch gilt die Zinsleistung als Nebenforderung.[14]

---

nur gemäß § 1118 B.G.B. für die gesetzlichen Zinsen, während eine Haftung für vertragsmäßige Zinsen mit Rücksicht auf die Aufgaben des Grundbuchs nur dann begründet ist, wenn diese eingetragen sind.

11) R.G. Bd. 32 S. 378. Ein ganz anderer Fall bei Bolze Bd. 21 S. 113 n. 222.

12) Das Gegenteil behauptet Cosack S. 307. Seine Ansicht ist nicht begründet, sie wäre auch praktisch sehr unersprießlich. [Doch gilt das im Text Gesagte nur für vertragsmäßige Zinsen. Mot. II 87. Staudinger zu § 266 Note 3.]

13) l. 41 § 1 D. de usuris 22, 1; R.O.H.G. Bd. 25 S. 256.

14) R.O.H.G. Bd. 10 S. 213 ff.; Bd. 24 S. 388, Bd. 25 S. 257; R.G. Bd. 5 S. 254.

Sofern jedoch die Scheine eine gegenteilige Bestimmung nicht enthalten, bleiben sie in Kraft, auch wenn die Hauptforderung erlischt, nicht minder, wenn die Verpflichtung zur Verzinsung aufgehoben oder geändert wird, § 803 Abs. 1.

Werden die ausgegebenen Zinsscheine bei der Einlösung der Hauptschuld nicht zurückgewährt, so ist der Aussteller nach § 803 Abs. 2 berechtigt, den Betrag zurückzuhalten, den er nach Abs. 1 für die Scheine zu zahlen verpflichtet ist. Auf den Fall, daß die Zinsscheine infolge der Versäumnis der Vorlegungsfrist kraftlos wurden oder verjährt sind, B.G.B. § 801, ist dies nicht anwendbar.

§ 19. Die Fälle des Zinsennehmens.

Bedungene Zinsen.

1. Die Zinsenpflicht muß entweder durch Rechtsgeschäft begründet — bedungene Zinsen — oder durch Rechtssatz vorgeschrieben sein — gesetzliche Zinsen. Von selbst versteht sich Verzinsung nicht.[1]

2. Das Rechtsgeschäft, welches die Zinsen ausbedingt, kann Vertrag sein, ferner einseitiges Versprechen, soweit es auch sonst verbindlich ist, z. B. in Schuldscheinen auf den Inhaber, oder Vermächtnis.

3. Bedungene Zinsen sind im Zweifel erst nach Ablauf einer Zinsperiode — postnumerando — zu berichtigen. Dies entspricht der Verkehrsübung. Vom B.G.B. ist hierüber nicht Besonderes vorgeschrieben.

Ebensowenig stellt das B.G.B. Vermutungen über die Fälligkeitstermine der Zinsen auf, falls hierüber nichts bedungen ist. In erster Linie entscheidet die Verkehrssitte. Häufig werden sich hiernach vierteljährige Zinstermine ergeben. Sonst wird der wiederkehrende Jahrestag der Schuldbegründung den Zinstermin bilden, wenn aber die Zeit der Rückzahlung des Kapitals früher fällt, diese Zeit maßgebend sein.[2]

---

nach Konk.O. § 37 oder der nach dem Anfechtungsgesetz in Anspruch genommene Gläubiger bis zum Verzug oder der Rechtshängigkeit in der Regel zur Verzinsung des Zurückzugewährenden nicht verpflichtet. — Vgl. R.G. Bd. 24 S. 143; Bolze Bd. 16 n. 169 S. 102, Bd. 4 n. 370 S. 114, Bd. 7 n. 294 S. 107; Gruchot Bd. 38 S. 1184. — Über die Bereicherungsklage vgl. Gruchot Bd. 2 n. 475 S. 115.

2) Vgl. A.L.R. I, 11 §§ 832 und 833.

1) Beispielsweise ist der mit der Anfechtungsklage des Konkursverwalters

4. Eine Zinsvereinbarung kann in einer lange Zeit hindurch fortgesetzten Zahlung von Zinsen zu finden sein.[3]

Gleicherweise kann die lange Zeit fortgesetzte Zahlung eines niedrigeren Zinses, als ursprünglich bedungen war, die tatsächliche Vermutung begründen, daß die Beteiligten sich über den niedrigeren Zinssatz einigten.[4]

§ 20. Gesetzliche Zinsen.

I. Gesetzliche Zinsen wurden in Rom bei den **bonae fidei judicia** durch die römischen Richter zugesprochen, wo dies Treu und Glauben und der Verkehrsauffassung entsprach.[1] Nach jetzigem Recht erkennt sie das Gesetz in bestimmten Fällen zu, in denen ihm Verzinsung als gerecht und billig erschien.

II. Diese Fälle sind zahlreich. Sie sind hier nicht sämtlich aufzuführen noch auch an diesem Ort eingehend zu entwickeln.

1. Nach B.G.B. sind Geldschulden während des Verzugs des Schuldners zu verzinsen, § 288, nicht minder von der Rechtshängigkeit an, auch wenn der Schuldner nicht in Verzug ist,[2] § 291.

Häufig tritt nach B.G.B. vor der Rechtshängigkeit Haftung ein, wie wenn der Anspruch bereits rechtshängig wäre. Dies gilt unter anderem, wenn man etwas gegen gesetzliches Verbot oder die guten Sitten erhalten und zurückzuerstatten hat, § 819 Abs. 2, nicht minder in gewissen anderen Kondiktionsfällen, § 819 Abs. 1, § 820 — vgl. aber § 820 Abs. 2 —, siehe auch § 990. Die Folge ist, daß der geschuldete Geldbetrag zu verzinsen ist.

Verwendet man Geld, das man für einen anderen zu verwalten hat, für sich, so ist es von der Verwendung an zu verzinsen. Dies

---

3) l. 6 pr. § 1 D. de usuris 22, 1. Aus längerer Zinsenzahlung kann sich auch eine tatsächliche Vermutung für das Bestehen einer Kapitalschuld ergeben. Die positiven Bestimmungen des A.L.R. I 11 §§ 837 ff. können nur noch Anwendung finden, wenn die dort erwähnten Zinszahlungen sämtlich vor den 1. Januar 1900 fielen.

4) l. 13 pr. D. de usuris 22, 1. Nach Glück Bd. 21 S. 69 hielten es die meisten Rechtslehrer für hinreichend, daß der Gläubiger die geringeren Zinsen drei Jahre nacheinander ohne Widerspruch angenommen hat. Das mag einen Anhaltspunkt bilden, es entscheiden jedoch die Umstände des Falles.

1) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 29 Anm. 17.

2) Wenn auch der Wechselgläubiger durch Unterlassung der Notifikation i. S. d. Art. 45 W.O. gegen den Vormann den Anspruch auf Zinsen und Kosten im allgemeinen verliert, so bleibt doch der Anspruch auf Prozeßzinsen aus § 291 B.G.B. bestehen. O.L.G. Hamburg vom 12. April 1901 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 411.

gilt namentlich beim Auftrage, § 668, hinsichtlich der Geschäftsführung des Vereinsvorstandes, § 27 Abs. 3, vgl. auch §§ 86 und 713, beim Dienst- oder Werkvertrage, § 675, bei unbeauftragter Geschäftsführung, § 681, beim Verwahrungsvertrage, § 698, für den Vormund, § 1834 und für den Pfleger, § 1915.

Wer Aufwendungen eines Dritten zu ersetzen hat, muß sie regelmäßig auch verzinsen,[3] § 256.

Der Käufer hat den Kaufpreis, wenn er ihm nicht gestundet ist, von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, in welchem ihm die Nutzungen der Kaufsache zukommen, § 452,[4] dies gilt entsprechend für den Werkvertrag, § 641 Abs. 2.

2. Besondere gesetzliche Zinsverbindlichkeiten kennt das H.G.B.

a) Kaufleute untereinander sind berechtigt, für ihre Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften von der Fälligkeit an Zinsen zu fordern.[5] Dies gilt aber nicht für Zinsen von Zinsen, H.G.B. § 353.

b) Für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und Verwendungen in Ausübung seines Handelsgewerbes darf der Kaufmann vom Tage der Leistung an Zinsen berechnen, H.G.B. § 354 Abs. 2.

c) Im Fall einer Geschäftsverbindung mit einem Kaufmann unter laufender Rechnung gebühren demjenigen, welchem beim Rechnungsabschluß ein Überschuß zukommt, vom Tage des Rechnungsabschlusses an Zinsen des Überschusses, auch soweit in der Rechnung Zinsen enthalten sind, H.G.B. § 355.

III. Rechtlich sehr verschieden von den Fällen, in welchen man zu gesetzlichen Zinsen verpflichtet ist, sind diejenigen, in welchen man gesetzlich verbunden ist, gezogene Zinsen zu erstatten.

Der Beauftragte, § 667, wer infolge eines Dienstvertrags oder Werkvertrags eine Geschäftsbesorgung schuldet, § 675, der unbeauftragte Geschäftsführer, § 681 und wer ein fremdes Geschäft wissend, daß er hierzu nicht berechtigt ist, als eigenes führt, § 687 Abs. 2, der Vormund, § 1890, der Pfleger, § 1915, haben alles herauszugeben, was sie durch die Geschäftsbesorgung erlangt haben, also auch die von ihnen infolge der Geschäftsbesorgung gezogenen Zinsen.

---

3) Vgl. unten § 35.

4) Vgl. Bolze Bd. 2 S. 248 n. 1003.

5) Ist Zinsverbindlichkeit hiernach eingetreten, so bleibt sie bestehen, auch wenn der Kaufmann seine Eigenschaft als solcher verloren oder die Forderung einem Nichtkaufmann abgetreten hat. Bolze Bd. 5 n. 300 S. 93; Gruchot Bd. 26 S. 102.

Solche Zinsbeträge bilden einen Bestandteil der vom Geschäftsführer geschuldeten Summe.[6] Daher sind Verzugszinsen von ihnen zu entrichten, denn § 289 trifft sie nicht. Sie unterliegen nicht der Verjährung rückständiger Zinsen nach § 197, der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das ihm zu Erstattende ohne Leistung solcher Zinsbeträge anzunehmen, § 266. Es handelt sich bei ihnen auch nicht um Nebenleistungen, die nach Z.P.O. § 4 für die Wertsberechnung des Streitgegenstandes und nach § 546 bei Bemessung der Revisionssumme außer Betracht bleiben.

§ 21. Gleiche Behandlung der gesetzlichen und der bedungenen Zinsen.

Gesetzliche und bedungene Zinsen unterlagen in Rom einer verschiedenen rechtlichen Behandlung.

Auch in den neueren Gesetzgebungen war dies der Fall, wenn auch in minderem Maße.

Das B.G.B. hat dies ausgeglichen.

1. Eine selbständige Klage wegen gesetzlicher Zinsen bestand nach römischem Rechte nicht. Wurden sie doch nur in dem Urteil über die Hauptschuld kraft richterlichen Amtes zugesprochen.[1]

Inwieweit dies gemeinrechtlich Geltung hatte, war bestritten.[2] Noch im A.L.R. I, 11 § 848 finden sich Nachwirkungen der römischen Rechtssätze.[3] Im B.G.B. ist hiervon keine Rede mehr. Gesetzliche wie vertragsmäßige Zinsen sind daher selbständig klagbar.

2. Nach A.L.R. I, 11 §§ 845, 847 galten Verzugszinsen als erlassen, wenn über das Kapital *ohne Vorbehalt quittiert war*.[4] Es war dies zweckmäßig, da es schikanöse Prozesse auf Grund nachträglich erwachsener Gehässigkeiten abschnitt.

Das B.G.B. bestimmt dies nicht. Selbstverständlich kann aber in der vorbehaltlosen Quittung *je nach Lage des Falles* ein durch schlüssige Handlung erklärter Erlaß der Verzugszinsen zu sehen sein.

3. Der *Verzug des Gläubigers* beendete nach früherem

---

6) l. 10 §§ 2 und 3 D. mandati 17, 1; Petrazycki, Einkommen Bd. 2 S. 138.

1) Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 29, II; l. 54 pr. D. locati 19, 2.
2) Vgl. R.G. 42, 121.
3) Vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 33 S. 878.
4) Vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 28 S. 913.

Rechte den Lauf bedungener Zinsen nicht, wohl aber der gesetzlichen.[5]

Nach B.G.B. § 301 laufen während des Verzugs des Gläubigers unterschiedslos Zinsen nicht mehr.

4. Das preußische Gesetz vom 31. März 1838 § 2 Ziff. 5 unterwarf nur die bedungenen, nicht die gesetzlichen Zinsen der kurzen — vierjährigen — Verjährung.

Nach B.G.B. § 197 unterliegen Zinsen ohne Unterschied der Verjährung von vier Jahren.[6]

5. Selbstverständlich finden sich keine Fälligkeitstermine bei gesetzlichen Zinsen. Sie verfallen fortlaufend pro rata temporis.

§ 22. Der gesetzliche Zinssatz.

I. Für einzelne Fälle gesetzlicher Zinsen stellte das römische Recht auch den gesetzlichen Zinssatz besonders fest. Mehrfach waren sog. höchste Zinsen — usurae maximae — zu entrichten, also in klassischer Zeit 12 %, nach justinianischem Rechte 6 %.

Für andere Fälle bestand kein allgemein festgestellter Zinssatz. Vielmehr richteten sich die Richter nach dem ortsüblichen Zinssatze. Dies galt namentlich bei den häufigsten Zinsen dieser Art, nämlich den Verzugszinsen.[1]

Die gemeinrechtliche Praxis änderte dies. Sie setzte, um einen festen, allgemein anwendbaren Zinssatz zu gewinnen, den landesüblichen Zins ein für allemal auf den höchsten Zins, den man gemeinrechtlich verstattete, nämlich 5 %, bei Kaufleuten auf 6 %.[2] So bestimmte auch

---

5) Über gemeines Recht vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 43 Anm. 11, über preußisches Recht R.G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1041.

6) [Auch rechtskräftig zuerkannte Verzugszinsen. R.G. in Seuff.Arch. 64 n. 24.] Nach §§ 482, 483 A.L.R. I, 20 haftet dem Hypothekengläubiger das Grundstück, abgesehen vom Kapitale, für die vertragsmäßigen Zinsen, auch wenn diese nicht eingetragen waren. Hingegen konnten Verzögerungszinsen, welche im Eintragungsvermerk nicht besonders erwähnt waren, gegen das Grundstück nicht geltend gemacht werden. Für die vor dem 1. Oktober 1872 eingetragenen Zinsen ist hieran durch das preußische Eigentumserwerbsgesetz nichts geändert, R.G. Bd. 33 S. 217, während für die unter der Herrschaft dieses Gesetzes begründeten Hypotheken gilt, daß vertragsmäßige und Verzögerungszinsen zur dinglichen Wirksamkeit gegen das Grundstück der Eintragung bedürfen. Der Inhalt der bis zum 1. Januar 1900 begründeten Hypotheken bleibt bestehen, Art. 184 Einf.Ges. — Nach den Vorschriften des B.G.B. haftet das Grundstück für die eingetragenen, § 1115, sowie für die gesetzlichen Zinsen, § 1118.

1) Vgl. Petrazycki a. a. O. §§ 12 bis 16.

2) Vgl. Behrend in der Savignyzeitschrift, germ. Abteilung Bd. 1 S. 85.

A.L.R. I, 11 §§ 831 ff. als Zögerungszinsen 5 %, für Kaufleute die höchsten erlaubten Zinsen.

II. Das B.G.B. kennt zwar keinen gesetzlichen Höchstbetrag für Zinsen, bestimmt aber im § 246 einen gesetzlichen Zinssatz.

1. Nach den Entwürfen[3] sollte er 5 % betragen, wie dies jahrhundertelang in Deutschland üblich war. Doch die Reichstagskommission glaubte das neuerdings eingetretene Sinken des Zinsfußes berücksichtigen zu müssen. Daher minderte sie den gesetzlichen Zinssatz auf 4 %.

2. Dieser Zinssatz gilt vor allem für die gesetzlichen Zinsen des B.G.B. Daher ward im B.G.B. bei den einzelnen Fällen gesetzlicher Zinsen des Zinssatzes nicht besonders gedacht.[4] [5]

Soweit man jedoch verpflichtet ist, Zinsen, welche man von fremdem Gelde gezogen hat, dem Kapitalseigner herauszugeben, ist selbstverständlich der volle gezogene Betrag der Zinsen zu erstatten, auch wenn sie den gesetzlichen Zinssatz überschritten haben.[6]

3. Auch für den Fall, daß durch Rechtsgeschäft Verzinsung bedungen, der Zinsfuß aber nicht festgestellt wurde, ist der gesetzliche Zinssatz zu entrichten.[7]

Selbstverständlich kann aber die Vereinbarung über einen anderen Zinsfuß auch stillschweigend getroffen sein. Sie wird unter Umständen aus der in dem geschäftlichen Verkehre der Parteien sonst üblichen Höhe der Verzinsung zu entnehmen sein.[8]

---

3) E. I § 217; Mot. Bd. 2 S. 15; E. II § 210; Kom.Prot. Bd. 1 S. 291; Reichstagsvorl. § 240; Reichstagskommissionsbericht Bd. 1 S. 34.

4) Nach Art. 10 des preußischen Ausführungsgesetzes zum B.G.B. tritt Verzinsung von 4 % anstatt der bisherigen 5 % vom 1. Januar 1900 an ein, wo bestehen bleibende preußische Landesgesetze Verzinsung vorschreiben, z. B. nach dem Enteignungsgesetze vom 11. Juni 1874 § 36 Abs. 2.

5) Für die Kapitalisierung eines Zinsbetrags hat weder das B.G.B. noch in Preußen die Landesgesetzgebung allgemeine Vorschriften erlassen. Soweit solche Kapitalisierung z. B. bei Taxen von Grundstücken (vgl. Kam. Ger. vom 17. Nov. 1902 Jahrb. Bd. 25 S. 14 A.), bei Festsetzung des Wertes des Nachlasses erforderlich wird, ist der zugrunde zu legende Zinssatz nach den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen frei zu bestimmen, ohne daß Art. 10 Preuß. Ausf.Ges. z. B.G.B. Berücksichtigung zu finden hätte.

6) Vgl. oben § 20 Abschn. III.

7) Vgl. Gruchot Bd. 24 S. 977; Bolze Bd. 8 n. 232 S. 109. — Bei der Eintragung von Hypothekenzinsen muß der Zinssatz angegeben werden, § 1115 B.G.B.

8) Für den kaufmännischen Verkehr ist die allgemeine Gewohnheit, das Jahr mit 360 Tagen, den Monat mit 30 Tagen für die Zinsrechnung zu zählen, auch inskünftige maßgebend. Dies bezieht sich nicht bloß auf Geschäfte unter Kaufleuten, H.G.B. § 346, sondern auch auf Geschäfte des Kauf-

Ferner ist dann, wenn die Parteien sich noch vorbehalten haben, den Zinsfuß festzusetzen, die Ergänzung nach dem Gesetz ausgeschlossen.[9]

4. Zinsen, welche durch gerichtliches Erkenntnis zuerkannt wurden, sind durch § 246 nicht betroffen. Das Urteil, welches die Zinspflicht ausspricht, ohne die Höhe der Zinsen festzustellen, ist folglich unvollständig. Daher kann nach Z.P.O. § 321 binnen einer Woche nach Zustellung des Urteils die Ergänzung beantragt werden. Ist das nicht geschehen, so ist über den Anspruch auf Zinsen nicht entschieden.[10] [11]

Die Zinsen können also in neuer Klage beansprucht werden.[12]

III. Nach dem H.G.B. § 352 gelten folgende Bestimmungen:

a) Die Höhe des gesetzlichen Zinssatzes auch für Verzugszinsen ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5 %.[13]

b) Auch in anderen Fällen, in welchen das H.G.B. eine Zinsenpflicht ohne Bestimmung der Höhe feststellt, z. B. §§ 110 Abs. 2, 111, 218, 353, 354, 355, 687, gilt der Zinsfuß von 5 %.

c) Sind für ein zweiseitiges Handelsgeschäft Zinsen ohne Bestimmung des Zinsfußes versprochen, so werden, wo nach B.G.B. 4 % zu leisten wären, 5 % geschuldet.[14]

IV. In den Konsulargerichtsbezirken sind nach der Kaiserlichen Verordnung vom 25. Oktober 1900 die §§ 246, 247, 288 B.G.B. wie auch § 352 H.G.B. nicht anwendbar. Dort gilt der landesübliche Zinssatz,

---

manns mit einem Nichtkaufmanne, die einverständlich in kaufmännischer Weise zu führen sind. Vgl. hierzu Friedländer, Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 511.

9) Kann später eine Einigung nicht erzielt werden, so muß nach § 154 B.G.B. der Vertrag zusammenfallen.

10) Planck § 246 Ziff. 1.

11) Ältere Vorschriften, wonach eine Nebenforderung als aberkannt galt, wenn über den Anspruch im Urteile nicht entschieden war, hat bereits das Einf.Ges. zur Z.P.O. vom 30. Januar 1877 § 14 Ziff. 5 aufgehoben.

12) Bei Gelegenheit der Berufung kann der Anspruch in bezug auf Zinsen, mögen sie auch erst nach Erhebung der Klage fällig geworden sein, erweitert werden, §§ 268 Ziff. 2, 529 Abs. 2 Z.P.O. — Doch kann der völlig siegreiche Kläger lediglich zum Zwecke der Erweiterung dieses Anspruchs Berufung nicht einlegen, Reichsanzeiger, Beilagehefte 1896 S. 12; R.G. Bd. 13 S. 391, Bd. 29 S. 377.

13) Über den Begriff der beiderseitigen Handelsgeschäfte vgl. Staub 8. Aufl. Anm. 10 und 11 zu § 352. Grundbedingung für das Vorhandensein eines beiderseitigen Handelsgeschäfts ist, daß beide Kontrahenten Kaufleute (Voll- oder Minderkaufleute) sind.]

14) Durch Art. 94 des Einf.Ges. ist das preuß. Ges. betr. die gewerbsmäßige Pfandleihe aufrecht erhalten. Der höchste Betrag der Zinsen beträgt hier für 1 ℳ pro Monat = 2 ₰, für jede den Betrag von 30 ℳ übersteigende Mark 1 ₰ pro Monat. Vgl. unten Bd. 3 § 278.

jedoch höchstens 10 %. Für die Schutzgebiete kann eine entsprechende Bestimmung getroffen werden, § 3 des Schutzgebietgeſ. vom 25. Juli 1900.

V. Laut Wechſelordnung Art. 50 hat der Wechſelregreß-ſchuldner 6 % Verzugszinſen vom Verfalltag an zu leiſten.

Nach Art. 81 Satz 2 W.O. ſchuldet ferner der Ausſteller und der Akzeptant des Wechſels in gleicher Weiſe wie ein Wechſelregreßſchuldner, ſie haben alſo ebenfalls 6 % Verzugszinſen zu entrichten. Da ein innerer Grund nicht dafür beſteht, daß die Verzugszinſen des Wechſelſchuldners im Falle der Nichtweiterbegebung des Wechſels mindere ſind, als im Falle der Weiterbegebung durch den Wechſelgläubiger, ſo iſt als Wille des Geſetzes anzuſehen, daß bei Wechſelſchulden die geſetzlichen Verzugszinſen unterſchiedslos 6 % betragen. Dies iſt zum wechſelrechtlichen Gewohnheitsrechte geworden.[15]

Das B.G.B. und das H.G.B.[16] laſſen das Wechſelrecht unberührt. Zweckmäßig iſt es freilich kaum, daß der Nichtkaufmann nur 4 % Verzugszinſen zu entrichten hat, wenn er nicht Wechſelſchuldner iſt, dagegen 6 %, wenn er ſich wechſelmäßig verpflichtet hat. Dies tritt insbeſondere dann ſcharf in die Erſcheinung, wenn ein Käufer, welcher Nichtkaufmann iſt, einen Wechſel für den Kaufpreis zahlungshalber gegeben hat.

§ 23. Zinsbeſchränkungen. Zwiſchenzinſen.

I. Das frühere Recht ſuchte durch Zinsbeſchränkungen der Ausbeutung der kapitalbedürftigen Bevölkerungsklaſſen ſeitens der Beſitzenden entgegenzutreten.

Im klaſſiſchen römiſchen Rechte war der Höchſtbetrag der erlaubten Zinſen 12 %. Das juſtinianiſche Recht ſetzte ihn auf 6 % herab, während Kaufleute 8 % nehmen durften.[1] Das kanoniſche Recht verbot das Nehmen von Zinſen ſchlechthin, ein Verbot, welches freilich in Deutſchland ſtets nur in beſchränkter Weiſe zur Durchführung gelangen konnte.[2] Aber die gemeinrechtliche Praxis hat ſeit dem ſiebzehnten Jahrhundert 5 % verſtattet,[3] den Kaufleuten auch wohl den ſechſten Zinstaler zugeſtanden Dem ſchloß ſich das A.L.R. I, 11 §§ 804 ff. im weſentlichen an.[4]

---

15) So R.O.H.G. Bd. 1 S. 251; Staub, W.O. zu Art. 50 § 12.
16) Einf.Geſ. zum B.G.B. Art. 32, zum H.G.B. Art. 2.

1) l. 26, l. 27 C. de usuris 4, 32; Glück Bd. 21 S. 84 ff.
2) Vgl. Neumann, Geſchichte des Wuchers in Deutſchland, Halle 1865.
3) Glück Bd. 21 S. 95 ff., jüngſter Reichsabſchied von 1654 § 174.
4) A.L.R. I, 11 §§ 804 ff. Zwar iſt hier zunächſt nur von Darlehnszinſen die Rede. Dieſe Vorſchriften wurden aber angewendet auf Zinsverträge jeder Art.

II. Der modernen Verkehrsentwicklung gegenüber erschien das alte, niemals mit völligem Erfolge gekrönte Bestreben des Gesetzgebers, den Höchstbetrag der Nutzung verliehenen Geldes durch Beschränkung des Zinssatzes zu tarifieren, unhaltbar. Angebot und Nachfrage sollten die Höhe der Vergütung für die Überlassung der Kapitalnutzung allein bestimmen, es sollte gestattet sein, sich durch Ausbedingung eines höheren Zinssatzes eine Prämie für die Gefahr der Ausleihung an einen weniger sicheren Schuldner zu verschaffen. Zeitweise hatte man die Zinsbeschränkungen schon früher während Geldkrisen außer Kraft gesetzt.[5] Durchbrochen wurden sie zuerst ständig durch Art. 292 des alten H.G.B., nach welchem bei Schulden der Kaufleute aus Darlehen und Handelsgeschäften auch höhere Zinsen als 6 % berechnet werden konnten.[6] Dann hat aus Veranlassung der Verkehrsstockung beim Herannahen des preußisch-österreichischen Krieges vom Jahre 1866 die Verordnung vom 12. Mai desselben Jahres die Beschränkung des Zinssatzes für nicht eingetragene Darlehen aufgehoben, und es erhielt diese Verordnung die Zustimmung des Landtags der preußischen Monarchie.

Allgemein wurde die Höhe der Zinsen — auch im Falle der Eintragung im Grundbuch — der freien Vereinbarung überlassen durch das norddeutsche Bundesgesetz vom 14. November 1867. Dieses Gesetz trat mit dem 1. Januar 1871 auch in den zum Reiche gezogenen süddeutschen Staaten in Kraft. Bayern jedoch hatte unterm 5. Dezember 1867 ein besonderes, dem norddeutschen Gesetze verwandtes, wenn auch nicht wörtlich übereinstimmendes Gesetz erlassen, welches sich bis zum Inkrafttreten des B.G.B. erhielt.

III. Die Abschaffung des gesetzlichen Höchstbetrags des Zinsfußes hatte zur unerwünschten Folge, daß der Wucher, d. h. die Ausbeutung der Not, der Unerfahrenheit und des Leichtsinns der Darlehensnehmer, ungescheut sein Haupt erhob, gleich als habe er jetzt einen gesetzlichen Freibrief.

Nur zögernd und in besonders schreienden Fällen trat ihm die Rechtsprechung entgegen, soweit er grob unsittlich erschien. Doch mit dem Wuchergesetze des Reiches vom 24. Mai 1880 trat eine vollkommene

---

5) Die gesetzlichen Beschränkungen des vertragsmäßigen Zinsfußes waren in Preußen auf Zeit außer Kraft gesetzt worden durch die Verordnung vom 15. Januar 1809 bis zum 31. Dezember 1810, ferner durch die Verordnung vom 27. November 1857 auf die Zeit von drei Monaten.

6) Ähnliches hatte A.L.R. II, 8 § 692 für Großkaufleute bei nicht eingetragenen Darlehen bis zu sechs Monaten bestimmt.

Wendung ein. Es leitete eine Wuchergesetzgebung ein, welche weit über das wucherische Zinsennehmen hinausgeht, vgl. jetzt B.G.B. § 138 Abs. 2. Darüber wird im allgemeinen Teile gehandelt.[7]

IV. Positive Einschränkungen des Zinsennehmens haben sich nur wenige erhalten.

1. Ist ein höherer Zinssatz als 6 % vereinbart, so kann der Schuldner nach Ablauf von 6 Monaten das Kapital unter einer Kündigungsfrist von 6 Monaten kündigen.

Diese Bestimmung war in dem norddeutschen Bundesgesetze vom 14. November 1867 § 2 getroffen, um Bedenken gegen die Beseitigung des gesetzlichen Zinsmaximums abzuschwächen. Erhebliche praktische Bedeutung hat diese Beschränkung nicht. Es lag aber auch kein Grund vor, sie fallen zu lassen. Das B.G.B. § 247 hat sie ausdrücklich übernommen,[8] da jenes Bundesgesetz durch Art. 39 des Einf.Ges. zum B.G.B. aufgehoben wurde. Die Vorschrift ist zwingend.[9]

Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind nicht durch sie betroffen, § 247 Abs. 2.

Nach dem Bundesgesetze sollte sie keine Anwendung auf die Schulden eines Kaufmanns aus seinen Handelsgeschäften finden. Diese Ausnahme ist in die neue Gesetzgebung nicht übergegangen.[10]

2. Das römische Recht[11] und auch das A.L.R. I, 11 § 818 verbot das Nehmen der Zinsen von Zinsen — den Anatozismus. Denn es besteht die Gefahr, daß die Schuld durch Zinseszinsen in verhältnismäßig kurzer Zeit derart anschwillt, daß der Schuldner zugrunde geht. Das Gesetz von 1867 hatte dieses Verbot nicht berührt. Auch das B.G.B. § 248 hat es beibehalten, aber sehr eingeschränkt.

---

7) Vgl. oben Bd. 1 §§ 126 ff.

8) E. I § 358 hatte die Beschränkung beseitigt, vgl. Mot. Bd. 2 S. 195, die 2. Kommission nahm sie aber wieder auf, Prot. Bd. 1 S. 472.

9) Das Ges. vom 14. November 1867 ließ der Landesgesetzgebung Raum, abweichende Bestimmung zu treffen. Diese machte hiervon in mehreren Staaten Gebrauch. Das bayerische Gesetz vom 5. Dezember 1867 kannte ein derartiges Kündigungsrecht nicht. Gegenüber dem B.G.B. § 247 ist die Landesgesetzgebung nicht befugt, Ausnahmen zu schaffen.

10) Die Bestimmung kommt dem Schuldner nicht zugute, wenn von ihm etwa für eine gezahlte Valuta von 50 die Summe von 100 zu 6 % verschrieben ist. Anderer Ansicht Mandry, Reichsgesetze § 37 und Planck Anm. 2 zu § 247. Es kann in diesem Fall B.G.B. § 138 Abs. 2 eingreifen. Die übliche Provision, sofern sie nicht als fortlaufende Minimalprovision bedungen ist, ist bei der Berechnung der Zinshöhe nicht zu berücksichtigen, Staub a. a. O. Anm. 14 zu § 352.

11) l. 28 C. de usuris 4, 32.

a) Nur die im voraus geschlossene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist hiernach verboten und nichtig, § 248 Abs. 1.[12]

Vereinbarungen über Verzinsung rückständiger Zinsen nach deren Fälligkeit sind also gültig.[13. 14]

b) Sparkassen, Kreditanstalten und Inhabern von Bankgeschäften können im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen, § 248 Abs. 2 Satz 1. Dies kommt den Sparern und Einlegern zugute. Von Übervorteilung kann hier nicht die Rede sein.

c) Kreditanstalten — insbesondere Pfandbriefanstalten, Hypothekenbanken —, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich von einem solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im voraus versprechen lassen.

d) Unterhält jemand mit einem Kaufmanne das Verhältnis einer „laufenden Rechnung" oder „Kontokurrents", so daß periodische Rechnungsabschlüsse gemacht werden, so kann der Teil, welchem der Überschuß gebührt, von dem Überschusse Zinsen beanspruchen, auch wenn in ihm Zinsen enthalten sind, H.G.B. § 355.

e) Von der Bodmereischuld — unten Bd. 3 § 263 II — einschließlich der Prämie laufen nach § 687 Abs. 2 H.G.B. Zinsen. Da nach § 681 Abs. 2 H.G.B. die Prämie auch Zinsen umfaßt, so liegt auch hier ein zulässiger Fall der Zinseszinsnahme vor.

V. Wird ein unverzinsliches Kapital vor der Fälligkeit zurückgezahlt, so erlangt der Gläubiger dadurch einen Vorteil, daß er dieses sofort verzinslich anlegen oder anderweit nutzen kann. Dies führt

---

12) E. I § 358 Abs. 1; Mot. Bd. 2 S. 196.

13) Die Vereinbarung, daß bei verzögerter Zahlung der Zinsraten der Zinssatz sich um eine bestimmte Quote erhöhe oder daß in solchem Fall eine bestimmte Summe als Vertragsstrafe zu zahlen ist, wird von dem Verbot des Zinseszinses nicht betroffen. Preuß. Just.Min.Bl. 1897 S. 6; Jur.Woch. 1896 S. 306 n. 39; anderer Ansicht O.Tr. Bd. 76 S. 99; Gruchot Bd. 28 S. 242, Bd. 29 S. 881. Auch der Eintragung solcher Vereinbarung im Grundbuche steht *nichts entgegen.* Jahrb. d. Kam.Ger. Bd. 1 S. 130, Bd. 7 S. 76, Bd. 20 A. S. 198.

14) Bolze Bd. 10 n. 241 S. 127 führt aus: Nachdem die Beklagten den eingeklagten Betrag als von ihnen geschuldet anerkannt haben, kann es nicht mehr darauf ankommen, ob sie zur Zeit der Anerkennung die Verpflichtung zur Zahlung von Zinseszinsen hätten bestreiten können. Dies ist nicht zutreffend, jedenfalls nicht nach B.G.B. Gemäß § 812 Abs. 2 steht dem Schuldner vielmehr die Einrede wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu.

zu dem Begriffe der Zwischenzinsen, des Diskontos. Aber Zwischenzinsen dürfen nur in bestimmten Fällen abgezogen werden, in denen Zahlung vor dem Fälligkeitstermin im Interesse des Gläubigers zu erfolgen hat. Fälle dieser Art enthalten die §§ 1133 Satz 3, 1217 Abs. 2 Satz 2. Entsprechendes gilt im Konkurse, § 65 K.O. und in der Zwangsversteigerung, § 111 Zw.Verst.Ges. Für die Regel darf der Schuldner, welcher von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch macht, vor der Fälligkeit zu zahlen, Zwischenzinsen nicht abziehen, § 272. Selbst bei irrtümlicher Annahme eines früheren Verfalltags ist der Anspruch auf Zwischenzinsen oder Rückerstattung des Geleisteten ausgeschlossen, § 813 Abs. 2. Soweit Zwischenzinsen in Abzug kommen, gebührt dem Gläubiger nur die Summe, welche mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen für die Zeit von der Zahlung bis zur Fälligkeit dem Betrage der Forderung gleichkommt. Hierin ist die Anerkennung der Hoffmannschen Methode zum Ausdruck gekommen, 1133 Satz 3.

Sechstes Kapitel.

Schadensersatz.

§ 24. Vom Schadensersatz im allgemeinen.[1]

I. Wenn außergewöhnliche Ereignisse unsere Lebensgüter vernichten oder beschädigen, sprechen wir von Schaden, den wir erleiden. Für das bürgerliche Recht, das sich besonders mit dem Vermögen zu beschäftigen hat, ist der Vermögensschaden vor allem wichtig.[2] Aber auch Schädigungen anderer Güter kommen für das Privatrecht in Betracht.[3] Beschädigung

1) Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrechte Bd. 2, zur Lehre vom Interesse 1855; Cohnfeldt, Die Lehre vom Interesse 1865; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 44. — Endemann Bd. 1 § 128; Cosack Bd. 1 § 91. — A. Fischer, Der Schaden nach dem B.G.B. 1903. — Oertmann in der Festschrift der juristischen Fakultät Berlin für Dernburg, Der Schadensersatz des obligatorisch Berechtigten 1900. v. Tuhr in Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 39, Naturalherstellung und Geldersatz; Derselbe in d. Krit. Vierteljahrsschr. 1906 S. 63 Besprechung der Abhandlung von Fischer; Rümelin im Archiv für ziv. Praxis Bd. 90 S. 171 Die Verwendung der Kausalbegriffe im Zivil- und Strafrecht.

2) Gemeinrechtliche Schriftsteller verstehen unter Schaden oft bloßen Vermögensschaden. Vgl. Pernice Labeo Bd. 3 S. 180. Über Vergütung nicht ökonomischen Schadens aus Delikten vgl. Seng im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 5 S. 337.

3) A.L.R. I, 6 § 1 nannte Schaden „jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit oder Ehre oder seines Vermögens".

der Erwerbsfähigkeit und der Erwerbsstellung ist namentlich zu beachten.[4] [5]

II. Wem Schaden zustößt, wird suchen, dessen nachteilige Wirkungen auf andere ganz oder teilweise abzuwälzen. Doch im allgemeinen gilt der Satz: **casus a nullo praestantur.**[6] [7] Das will sagen, sofern für Ersatzansprüche nicht besondere Gründe bestehen, bleibt der Schaden *da sitzen, wo er eingeschlagen hat.*

Hilfe gegen die Folgen eines Schadens wird in doppelter Art gewährt.

1. Sie geschieht einmal durch **Verteilung des Schadens** *unter eine größere Zahl von Individuen, welche an ihm beteiligt werden.*

Hierher gehört nach Seerecht, H.G.B. § 700, der Fall der großen Havarie, bei welcher zur Errettung von Schiff und Ladung aus gemeinsamer Gefahr etwas seitens des Führers des Schiffs aufgeopfert wird und der Schaden verhältnismäßig von allen durch die Gefahr Bedrohten zu tragen ist. Auf die Binnenschiffahrt wird diese Weise der Ausgleichung durch das Gesetz vom 15. Juni 1895[8] § 82 erstreckt.

Wirtschaftlich erzeugen verwandte Folgen die Versicherungsverträge, vor allem diejenigen auf Gegenseitigkeit.

2. In zahlreichen Fällen geschieht **Überwälzung des erlittenen Schadens** auf einen anderen durch Gewährung eines Entschädigungsanspruchs gegen ihn.

Als Hauptgruppen solcher Ansprüche heben sich ab

a) Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung **bestehender Schuldverpflichtungen** und

b) Fälle anderer Art, insbesondere wegen **schuldhafter außervertraglicher Beschädigungen** sowie Entschädigung wegen **Zwangsenteignung.**

III. Das B.G.B. §§ 249 ff. gibt Vorschriften für Schadenszufügungen beider Gruppen. Auch auf Schadensansprüche, welche auf Landesgesetzen beruhen, haben sie Anwendung zu finden, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen.[9]

---

4) Vgl. R.G. Bd. 28 S. 238.

5) B.G.B. § 1298 trennt den Schaden, welcher Vermögen und die Erwerbsstellung betrifft. Vgl. Liszt, Deliktsobligationen S. 63.

6) L. 23 D. de R. J. 50, 17. Wächter im Archiv für ziv. Praxis Bd. 15 S. 117.

7) Ältere stellten den Grundsatz auf „casum sentit dominus". Vgl. dagegen Wächter a. a. O. Das A.L.R. ging von jenem Grundsatz aus, dem B.G.B. ist er fremd.

8) Neue Fassung siehe Reichsgesetzbl. 1898 S. 868.

9) Z. B. Haftung des Bergwerksbesitzers, unten Bd. 3 Aufl. 4 § 157.

IV. Schadensersatzpflicht macht bald den primären, bald den sekundären Gegenstand eines Schuldverhältnisses aus.

Sie ist primärer Gegenstand namentlich, wenn sie wegen unerlaubter Handlungen eintritt oder aus einem Versicherungsvertrag entspringt oder für eine Enteignung geleistet wird. Sekundärer Gegenstand ist sie, wenn sie wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer Schuldverpflichtung erwächst.

Sie kann Ersatz für die Nichterfüllung der Schuld bilden. Sie kann auch Ersatz dafür gewähren, daß die geschuldete Leistung nur unvollkommen oder nicht rechtzeitig geschah. Dann tritt der Schadensersatz neben der Hauptleistung ein — sog. akzessorisches Interesse.

V. Man unterscheidet den gemeinen Wert, den Kaufwert, welchen eine Sache auf dem Markte hat, und das Interesse. Beim Interesse nimmt der Ersatzberechtigte nicht bloß in Anspruch, was die Sache für jedermann wert war, sondern den Wert, den sie für ihn hatte.

Interesse ist also der Wert eines Gutes für eine bestimmte Person.

Ersatz des gemeinen Handelswertes[10] hat der Frachtführer für gänzlichen oder teilweisen Verlust des Frachtgutes zu leisten, §§ 430 Abs. 1, 611 Abs. 1 H.G.B.

Ebenso ersetzt die Post grundsätzlich nicht mehr, so daß freilich im Falle der Deklaration des Aufgebers die Post nachzuweisen hat, daß der angegebene den gemeinen Wert übersteigt.[11]

Nach dem preußischen Erbschaftssteuergesetze vom 24. Mai 1891 § 14 und dem Ergänzungssteuergesetze vom 14. Juli 1893 § 9 kommt nur der gemeine Wert in Betracht.[12]

In der Regel geschieht Schadensersatz nach dem neuen Rechte durch Ersatz des Interesses des Beschädigten. Hiervon ging bereits das alte H.G.B. Art. 283 aus. Es entspricht dem gemeinen Rechte.[13] Dem A.L.R. war dagegen eine derartige allgemeine Regel fremd.[14]

---

10) Ein gemeiner Handelswert liegt nur dann vor, wenn ein regelmäßiger Umsatz der Ware stattfindet; ein Ölbild hat keinen Handelswert, Bolze Bd. 14 n. 406b, abgedr. Jur.Woch. 1893 S. 39 n. 13, es handele sich denn um Dutzendware!

11) Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 8.

12) Vgl. besonders Fuisting, Begriff und Bemessungsgrundlage des gemeinen Werts im Sinne des Preußischen Ergänzungssteuergesetzes, Deutsche Juristenzeitung 1899 n. 2 S. 26 über den Begriff des gemeinen Werts.

13) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 44 Anm. 7 und 8.

14) Mit Recht lehrt Cosack § 90 V, Schadensersatz ist unbedingt aus-

VI. Der Schadensersatz kann sich auf das positive oder das negative Geschäftsinteresse erstrecken.[15]

a) Positives Geschäftsinteresse ist, was man gehabt hätte, wenn ein Geschäft zu voller Wirkung gekommen wäre.

b) Negatives Geschäftsinteresse ist der Schaden, welchen man dadurch erleidet, daß man auf das Zustandekommen eines Geschäfts vertraute und vertrauen durfte, B.G.B. §§ 122, 179, 307, 309.

Negatives Geschäftsinteresse ist also, was man haben würde, wenn sich nicht, wenigstens äußerlich, ein Geschäftsabschluß vollzogen hätte. Es gehören hierher unter anderem Auslagen für Reisen, für Provisionen, Stempel, Versäumnis günstiger Verkaufsgelegenheiten.[16] [17]

VII. In der Regel kann man nur das eigene Interesse liquidieren. Wer aber als Beauftragter oder Kommissionär im Interesse des Auftraggebers oder Kommittenten einen Vertrag in eigenem Namen schließt, kann von seinem Mitkontrahenten aus dessen Vertragswidrigkeit auch Ersatz des seinem Geschäftsherrn erwachsenen Schadens beanspruchen. Er macht also dadurch, daß er im Interesse des Dritten das Geschäft schließt, dessen Interesse zu dem seinen.[18]

---

geschlossen, soweit der Schaden ein vom Rechte mißbilligtes Interesse betrifft. Es kann z. B. der Käufer eines Hauses, welches sich zum Kuppelgewerbe eignet, den hieraus erzielbaren Vorteil nicht als sein Interesse an der Enteignung beanspruchen. Vgl. l. 11, l. 77 § 1 D. de furtis 47, 2. Bedenklich aber ist das Beispiel von Cosack: „wenn ich die pornographischen Bilder, die ein Kunsthändler mir anpreist, im Ärger zerreiße, bin ich strafbar, aber nicht ersatzpflichtig." Ersatz des Werts eines zerstörten Eigentums ist berechtigte Forderung.

15) Gewöhnlich spricht man von positivem und negativem Vertragsinteresse, doch ist die Unterscheidung zu verallgemeinern, vgl. B.G.B. § 122.

16) Die Haftung für negatives Vertragsinteresse insbesondere umfaßt also nicht den Ersatz derjenigen Vorteile, die der Geschädigte aus dem Vertrage, wenn er zustande gekommen wäre, gehabt hätte, sondern nur Ersatz derjenigen Aufwendungen, welche er infolge der Unkenntnis über das Nichtzustandekommen des Vertrags gemacht hat, O.Trib. Bd. 3 S. 330, 331; Jur. Woch. 1895 S. 248 n. 31.

17) Gegen die Anwendung des Begriffs des negativen Interesses erklärte sich für das gemeine Recht Bähr über Irrungen im Kontrahieren, Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 422, vgl. aber die bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 10 Anm. 12 Angef.

18) So schon l. 27 (28) D. de neg. gest. 3, 5, R.G. Bd. 40 S. 189 und dort Angeführte. O.L.G. Hamburg vom 20. Oktober 1900 Hanseat. Gerichtszeitung Hauptbl. 1901 S. 9. Tuhr, eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 25 S. 529, Staudinger, Kommentar 3./4. Aufl. Bd. 2 S. 32.

§ 25. Verschuldung oder Veranlassung als Grund des Schadensersatzes.

I. Der Grundgedanke des entwickelten römischen Rechts war, daß in der Regel für Schaden nur haftet, wer ihn verschuldet.[1] Ob dies aber den Anforderungen des Lebens entsprechend sei, wird von vielen Neueren in Frage gestellt. Sie verlangen, daß nicht Verschulden, sondern Veranlassung eines Schadens zu dessen Ersatz verbindet. Darin finden sie die Wiederherstellung alten deutschen Rechts und die den Bedürfnissen der Neuzeit allein entsprechende Regelung.[2]

II. Auch das altrömische Recht sah nicht in der Verschuldung den Grund der Verpflichtung zum Ersatz, sondern in der schadenbringenden — objektiv widerrechtlichen — Tat.

Aber das Recht gewährte Sühne nur für die unmittelbare, sinnfällige Schädigung. Dies läßt die umfassendste römische Deliktsklage, die actio legis Aquiliae erkennen. Für sie war in ihrer direkten Gestalt nicht bloß ein damnum corpori datum, sondern auch Schädigung „corpore“ unumgänglich. Der Zusammenhang der Tat mit der Schadenszufügung mußte also ein sichtbarer sein. Dann fragte man nicht nach ihren Gründen, das hätte nicht der Empfindung des Verletzten entsprochen; auch lag es außerhalb der Urteilskraft der Richter alter Zeit. Später erst hielt man an dem unmittelbaren körperlichen Zusammenhange zwischen Tat und Schaden nicht mehr fest. Wer z. B. das Weidevieh eines andern im Stall einschloß, so daß es dort verhungerte, sollte sich nicht mehr damit ausreden, daß er das Vieh nicht unmittelbar getötet habe, und der Anstifter einer schädigenden Tat sollte nicht ohne Verantwortung bleiben, weil sein Arm sie nicht bewirkte.

Schon Labeo ließ darnach den haften „qui mortis causam praestitit“.[3, 4] Das „Verbindende“ war also nicht mehr der körperliche, äußerliche Zusammenhang zwischen Tat und Schaden; nunmehr wurde es die Schuld.

---

1) Jhering, Das Schuldverhältnis im römischen Privatrecht, 3. Auflage.

2) Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie 1888; Steinbach, Über den Ersatz von Vermögensschäden 1888; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1893, Handeln auf fremde Gefahr, 1894; vgl. aber M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung, 1896. Eine besonnene Abwägung bei G. Rümelin, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 88 S. 285.

3) L. 9 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2. Freilich geschah dies nicht auf Grund der eigentlichen a. legis Aquiliae, sondern durch a. in factum. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 131 Anm. 10.

4) Aber der Anstifter haftete noch nach Iavolenus l. 37 pr. D. h. t. 9, 2 nicht ohne weiteres. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 131, Anm. 16.

Beides steht in engstem Bezuge, die Haftung für mittelbaren Schaden und die Zurückführung des Schadens auf eine Verschuldung.

Daß in Rom noch andere äußerlich greifbare Momente, z. B. Einbringen von Sachen der Reisenden bei Schiffern und Wirten, auch abgesehen von Schuld, ersatzpflichtig machten, war nichts dem Schuldprinzip Widersprechendes, vielmehr besonders gerechtfertigte oder geschichtlich überkommene Ausnahme.

III. Wohin sollte es auch führen, wenn die bloße Veranlassung des Schadens ersatzpflichtig macht, und der Ersatz sich auf den entferntesten, auch mittelbaren Schaden erstreckt. Die harmloseste Handlung kann durch unvorhergesehene Verkettung der Ereignisse Veranlassung zu unberechenbarem Schaden geben.

Man täuscht sich, wenn man glaubt, damit altes deutsches Recht herzustellen. Zweifelsohne hielt sich dessen sinnliche Auffassung an die bloße Verursachung. Aber das erstreckte sich doch nur auf sichtbaren unmittelbaren Schaden!

Das Schuldprinzip hindert nicht, unter besonderen Voraussetzungen Ersatzpflicht ohne Verschulden zu bestimmen. Es ist dies namentlich bei den modernen Großbetrieben, bei Eisenbahnen, Bergwerken und Fabriken notwendig. Dem Bedürfnis kamen Sondergesetze, z. B. das Haftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871, entgegen.

IV. Der erste Entwurf stand auf dem Boden des römischen Rechts. Der zweite § 752 Abs. 1 wollte der neuen Strömung nachgeben. Der bloße Veranlasser eines Schadens sollte „nach billigem Ermessen des Richters" aufzukommen haben. Aus solcher Vorschrift hätte sich ein einheitliches und sicheres Recht nicht entwickeln können. Der Bundesrat strich die Bestimmung.

Hiernach führt das B.G.B. wie das römische Recht die Schadensersatzpflicht grundsätzlich auf Verschulden zurück. Aber wo es die sozialen Verhältnisse zu fordern schienen, gab man doch, auch abgesehen hiervon, einen Ersatzanspruch.

Folge des Schuldprinzips ist, daß man auch nach B.G.B. grundsätzlich nur für eigenes Verschulden, nicht für dasjenige von Angestellten, Hausgenossen haftet; auch dies gilt aber nur mit einschneidenden Ausnahmen.

---

5) Vgl. namentlich E. I § 704; Mot. Bd. 2 S. 724.

§ 26. Ermittelung des Schadens und seiner Höhe.

I. Es gibt zwei Methoden für die richterliche Feststellung eines Schadens.

a) Die eine will den Schaden und seine Höhe in das Einzelne hinein *bewiesen haben*. Dies war das Verfahren des gemeinen und auch des preußischen Prozesses. Es entwickelt sich naturgemäß bei schriftlichem Prozeßverfahren. Hierbei soll jedes Mittelglied selbständig dargetan werden. Fehlt *ein* Glied der Kette, so ist der Nachweis mißlungen. Der Richter darf es nicht nach allgemeinen Erfahrungssätzen ergänzen.

Diese Art der Feststellung, wenn auch genau und gründlich, hat sich doch als wenig zweckmäßig erwiesen. Sie suchte die regelrechte Methode auf ein Verhältnis anzuwenden, welchem sie häufig nicht gewachsen war. Daher denn der Kläger trotz seiner durch Vertragsbruch oder Delikt ersichtlich begründeten Ansprüche häufig zu keiner oder geringer Schadloshaltung kam, so daß selbst grobe Rechtsverletzung nicht selten zum Nachteil des Rechtsbewußtseins ungesühnt blieb.[1]

b) Nach der anderen Methode ist der Richter befugt, sich an den *Gesamteindruck zu halten*. Er kann Mittelglieder, welche schwer, vielleicht gar nicht juristisch beweisbar sind, durch seine allgemeine Anschauung, durch die Erfahrung dessen, was regelmäßig und gewöhnlich unter gleichen Umständen geschieht, herstellen. Dergleichen bildet sich bei mündlichem Verfahren von selbst heraus. In dieser Weise verfuhr in der klassischen Zeit Roms der Juder, welcher an keine Beweisregeln gebunden war;[2] solchergestalt wurde die Sache nach französischem Rechte behandelt. Da hierbei nur ein annäherndes Ergebnis erstrebt wird, so ist freilich eine gewisse Willkür nicht vermeidbar.

Diese Art des Verfahrens wurde in Deutschland zunächst in einzelnen Gesetzen vorgeschrieben,[3] dann aber allgemein durch Z.P.O. § 260, jetzt § 287, eingeführt, laut dessen der Richter über die Frage, *ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder einzuersetzendes Interesse* beläuft, unter Würdigung *aller Umstände nach freier Überzeugung* zu erkennen hat.[4]

---

1) G. Lehmann, Die Notstände des Schadensprozesses, Leipzig 1865; derselbe, Die Schutzlosigkeit der immateriellen Lebensgüter, 1884.

2) Vgl. l. 3 § 1 D. de testibus 22, 5; l. 9 § 8 D. ad exhib. 10, 4.

3) Altes H.G.B. Art. 27 Abs. 2; Gesetz vom 11. Juni 1870 §§ 19, 55 Abs. 3 über Urheberrecht und die späteren Gesetze über Urheberrechte; Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 § 7.

4) Der Richter hat also bei Schadensklagen — vgl. Fitting, Zivilprozeß

Selbstverständlich hat sich der Richter aber auch bei der Schadensfrage von den Gründen seiner Überzeugung Rechenschaft zu geben und diese Gründe im Urteil anzuführen.[5] [6] [7]

Natürlich schließt das Recht, durch freies Ermessen den Schaden zu bestimmen, nicht aus, daß er durch schlüssige Einzeltatsachen, welche vollständig bewiesen werden, dem Richter in strenger Folge dargelegt wird. In dieser Weise vorzugehen, liegt sogar im Interesse der Partei.

II. In der römischen Rechtsprechung hatte sich das juramentum in litem gebildet,[8] um den Beweisführer von dem schwierigen Beweise der Höhe seines Schadens zu entlasten. Der Richter gestattete hierbei nach Befund der Umstände dem Kläger, den ihm durch Arglist des Gegners zugefügten Schaden einseitig eidlich festzustellen. Statt der regelrecht auf Grund beigebrachter Beweise eintretenden Schätzung durch den Richter trat also die nicht motivierte einseitige, wenn auch durch Eid bestärkte Wertung durch den Kläger, bei welcher subjektiven Empfindungen Raum gelassen war und selbst bloßes Affektionsinteresse in Anschlag gebracht werden konnte. Doch konnte der Richter einen Höchstbetrag festsetzen.

Die Z.P.O. § 260, jetzt 287, hat dies übernommen, jedoch mit wesentlichen Änderungen. Es steht hiernach dem Richter stets frei, dem

---

9. Aufl. S. 239 — nicht wie nach Z.P.O. § 286 bloß den gesamten Inhalt der Verhandlungen zu berücksichtigen, sondern „alle Umstände" zu würdigen, auch solche, welche ihm die Verhandlungen nicht unmittelbar an die Hand geben. Dagegen unterliegt der Beweis des Umstandes, der die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet, den allgemeinen Grundsätzen § 286 Z.P.O., R.G. 45, 356.

5) Z.P.O. § 313 Ziff. 4, § 551 Ziff. 7. Die deutsche Praxis und das Gesetz haben die Entscheidungsgründe zu einem notwendigen Bestandteil des Urteils gemacht, um den Richter zur Selbstkontrolle zu nötigen und um eine Nachprüfung durch die höhere Instanz und durch die öffentliche Meinung zu ermöglichen. Was hierzu erforderlich ist, muß in den Entscheidungsgründen angegeben sein. Dies ist nicht der Fall, wenn der Richter sich nur auf seine Überzeugung beruft, ohne die Gründe, welche sie hervorriefen, anzuführen. Vgl. R.G. Bd. 14 S. 424, Bd. 18 S. 339.

6) Ein Beispiel, in welchem freie Schätzung erforderlich ist, widrigenfalls der Anspruch des Berechtigten abgeschnitten wird, siehe bei Gruchot Bd. 38 S. 161. Ein Gendarm hatte unter Überschreitung seiner Amtsbefugnisse die Jagd gehindert. Der Schaden wurde auf 12 Mark geschätzt.

7) Das Versäumnisurteil bei Schadensklagen erörtert Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 1. Er kommt mit Recht zu dem Ergebnis, daß die Behauptung, es sei ein vom Beklagten zu ersetzender Schaden von einer bestimmten Höhe entstanden, keine Tatsachenbehauptung sei, welche kraft der Versäumnis als festgestellt zu erachten und dem Urteil zugrunde zu legen sei.

8) Tit. Dig. de in litem jurando 12, 3; C. eod. 5, 53, v. Schröter in Lindes Zeitschr. Bd. 7 S. 356 ff., Bd. 8 S. 159 ff., Vangerow Bd. 1 § 171.

Beweisführer die eidliche Schätzung seines Schadens oder Interesses nachzulassen, auch wenn dem Beklagten Arglist oder auch Fahrlässigkeit nicht zur Last liegt.[9] Der Richter hat einen Höchstbetrag zu bestimmen.[10] Der Schätzungseid unterscheidet sich von den anderen richterlich auferlegten Eiden vorzugsweise dadurch, daß es sich bei diesen um Erhärtung einer Tatsache, hier um ein Urteil über die Wirkung des schadenbringenden Ereignisses handelt, bei welchem die subjektive Ansicht der beteiligten Partei den Ausschlag gibt.[11]

III. In Statuten von Versicherungsgesellschaften sind nicht selten Vorschriften über die Art des Nachweises des Schadens enthalten. Diese sind für den Richter nicht maßgebend, denn die Vorschriften über die Beweiserhebung sind öffentlichen Rechtes, deren Anwendung durch Verträge in einer den Richter bindenden Weise nicht ausgeschlossen werden kann.[12]

§ 27. Der Schaden und sein Kausalzusammenhang.[1]

I. Die Schadensersatzpflicht setzt notwendig voraus, daß aus der Tatsache, für die man einsteht, Schaden erwuchs.

---

9) § 287 Z.P.O. bezieht sich nur auf die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse beläuft. Die Entscheidung über die Frage dagegen, ob der Gegner zur Leistung des Schadensersatzes oder des Interesses verpflichtet sei, wird durch § 287 nicht berührt. Vgl. Gruchot Bd. 41 S. 698. — [Fällt die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist mit derjenigen nach seiner Höhe zusammen, so ist die Auferlegung eines Schätzungseides selbst dann zulässig, wenn erst durch die Eidesleistung das Vorhandensein eines Schadens dargetan werden kann und soll. Jur.Woch. 1895 S. 293 n. 8.]

10) Der Schätzungseid wird namentlich in Fällen einer durch strengen Beweis nicht aufzuhellenden Unbestimmbarkeit eines Schadens aufzulegen sein, R.G. Bd. 31 S. 88. Aber der Richter darf auch von der Aufnahme weiterer an sich möglicher Beweise absehen und auf den Eid aus § 287 erkennen, wenn er davon überzeugt ist, daß dieser Weg der Sachlage nach am befriedigendsten zum Ziele führt. Jur.Woch. 1895 S. 538 n. 9.

11) [Deshalb hat der Eid nicht zu lauten, „daß der Schaden mindestens . . . Mark beträgt", sondern entweder, „daß ich den Schaden auf mindestens . . . Mark schätze: oder „daß der Schaden sich nach meiner Überzeugung auf mindestens . . . Mark beläuft". Vgl. R.G. vom 9. Juli 1890 Seuff.Arch. Bd. 46 Nr. 141.] Kläger ist dann berechtigt, die Summe einzufügen, jedoch nicht über den richterlich festgesetzten Höchstbetrag hinaus. Ein bezüglicher Vermerk ist im Urteile der Eidesnorm anzufügen.

12) Vgl. Kohler, Prozeßrechtliche Verträge bei Gruchot Bd. 31 S. 304. Die Klausel, wonach sich die Versicherungsgesellschaft mit einem bestimmten Nachweis begnügen soll, ist jedoch gültig, da hierin ein eigentümlich b e d i n g t e s Zahlungsversprechen liegt; doch kann eine exceptio doli angerufen werden, wenn dies im gegebenen Falle zu zweifelloser Übervorteilung führen würde. Vgl. Kohler a. a. O. S. 307 Abs. 1.

1) Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang, 1871, und in Grünhuts Zeitschr. Bd. 4 S. 35; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 45 Anm. 8; Endemann, Einführung Bd. 1 § 129; Liszt, Die Deliktsobligationen S. 68. — Rümelin in

Schnöde Nachlässigkeit und böser Vorsatz, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge Schaden stiften mußten, machen daher nicht ersatzpflichtig, wenn sie dennoch Schaden nicht erzeugten. War z. B. die Reparatur eines Hauses, zu welcher man verpflichtet war, versäumt, so daß dessen Einsturz unausbleiblich wäre, so haftet der Reparaturpflichtige gleichwohl nicht, wenn das Haus vor dem Einsturz infolge eines Brandes im Nachbarhause niederbrennt.

War aber der Schaden einmal geschehen, so kommt dem Schädiger nicht zugute, daß hinterher ein anderes Ereignis eintritt, durch welches die beschädigte Sache auch ohnedem vernichtet worden wäre.[2]

II. Zwischen dem Schaden und der zum Ersatz verpflichtenden Tatsache muß notwendig ein *ursächlicher Zusammenhang* — sog. *Kausalzusammenhang* — bestehen, damit eine Schadensersatzpflicht erwächst.

Eine grundsätzliche Regelung der hieran sich knüpfenden Fragen gibt das B.G.B. nicht. Im allgemeinen hat richterliches Ermessen zu entscheiden, Z.P.O. § 287.[3] *Ihm müssen die Natur der Dinge und die praktischen Anforderungen des Lebens die leitenden Gesichtspunkte geben.*

1. *Unmittelbar* muß der Zusammenhang nicht sein.

Auch Schaden, welcher durch Hinzutreten anderer Ereignisse *in weiterer Folge* erwuchs — der sog. *mittelbare Schaden* ist zu ersetzen.

2. Dies gilt selbst wenn der Schaden durch eine *nicht gewöhnliche Beschaffenheit* einer Person oder einer Sache entstand, z. B. ein leichter Schlag auf die Wange eines anderen tötet diesen infolge eines besonderen, nicht sichtbaren Gebrechens.[4]

Arch. f. zivil. Praxis Bd. 90 Heft 2, Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. — Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht 1904; Wiechowski, Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges 1904; Litten in Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 419, Beiträge zur Schadenszurechnung nach röm. und bürg. Recht.

2) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 45 Anm. 10 und dort angeführte Stellen und Schriftsteller; Rehbein, B.G.B. Bd. 2 S. 46; Staudinger B.G.B. Bd. 2 S. 38.

3) Vgl. dazu die grundlegende Entscheidung des R.G. vom 14. Dezember 1905 Jur.Woch. 1906 S. 85. Daß Z.P.O. § 287 — früher § 260 — sich auf den Kausalzusammenhang bezieht, ist anerkannt R.G. B. 6 S. 357, Bd. 9 S. 418, Bd. 10 S. 65, vgl. Bd. 7 S. 369, R.G. vom 15. Juni 1906 Jur.Woch. 1906 S. 471.

4) R.G. Bd. 6 S. 1.

3. Nach Code civil Art. 1150 sollte der Schaden vorausseh*bar* sein. Gleiches nahmen einzelne gemeinrechtliche Schriftsteller an[5] ohne daß dies aber herrschende Ansicht wurde.[6]

Die zweite Kommission in ihrem § 247 wollte in ähnlicher Weise die Ersatzpflicht für Schaden, welcher außerhalb des Bereichs der Wahrscheinlichkeit lag, ausschließen. Doch der Bundesrat strich dies in seiner Vorlage. Dabei blieb es im wesentlichen.

*Vorausseh*barkeit des Schadens ist also kein *Erfordernis der Haftung für den Schaden.*[7]

4. Ist hiernach die Haftung *ohne Grenze*? Steht man für die allerentferntesten Folgen ein, wenn deren Zusammenhang mit dem zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignis erkennbar ist?

Dies behauptete mit manchen anderen[8] Liszt, Deliktsobligationen S. 70. A. hat in dem Hause des B. durch geringe Fahrlässigkeit eine unbedeutende Beschädigung verursacht. Der Arbeiter, den er zur Reparatur schickt, stiehlt dem B. Tausende. Haftet A. hierfür? A. hat den B. leicht verwundet; der Arzt, welchen B. befrägt, schleppt eine schwere, ansteckende Krankheit in die Familie des B.. Steht A. auch dafür ein? Ein nicht erheblich verletzter Arbeiter wurde in ein Hospital nach Hamburg gebracht, die Cholera brach aus und raffte den Arbeiter dort weg. Erstreckt sich die Haftung auf den durch dessen Tod entstandenen Schaden? Liszt bejaht dies alles, soweit sich der Zusammenhang nachweisen lasse.

Aber dies widerspricht unbedenklich den Anforderungen des Lebens und der Praxis. [Diese sieht den Kausalzusammenhang dann als unterbrochen an, wenn ungewöhnliche, außerhalb aller Berechnung liegende Umstände hinzutreten mußten, den jetzigen Zustand herbeizuführen. Man sagt dann richtig,] die zum Ersatz verpflichtende Tatsache habe den Schaden nicht sowohl *verursacht*[9], als *veranlaßt*. Es kommt

---

5) Vgl. l. 6 § 4; l. 13 pr. § 2 D. de a. e. v. 19, 1; l. 19 § 1 D. locati 19, 2; Jhering, Schuldmoment S. 55.

6) Mommsen, Interesse §§ 15 und 16; R.G. Bd. 13 S. 65. Haftet doch zweifellos wer im Verzug ist, für Untergang des Schuldgegenstandes, auch wenn er durch Ereignisse, die außerhalb menschlicher Voraussicht liegen, entstand, z. B. ein Erdbeben.

7) Vgl. R.G. vom 18. November 1901 bei Gruchot Bd. 46 S. 971, ferner R.G. Bd. 51 S. 30 und O.L.G. Hamburg vom 21. März 1905 Hans.Gerichtsztg. 1905 Hauptbl. Nr. 88.

8) Dies gegen Dernburg, Pand. Bd. 2 § 45 Anm. 8.

9) R.G. Bd. 6 S. 1; Bd. 13 S. 61. Vgl. Staub S. 1171 Anm. 26 zu § 347. Ein Spediteur hatte Gut in Lager genommen, welches nach übereinstimmender Ansicht der Parteien eine absolut trockene Lagerung erforderte. Dennoch

darauf hinaus, daß vernünftiges Ermessen des Richters gemäß Z.P.O. § 287 die Grenze zu ziehen hat.

Dagegen ist ein Zusammenhang zwischen Verschulden und Schaden dann nicht ausgeschlossen, wenn eine auf freier Entschließung des Beschädigten beruhende Tätigkeit dazwischen getreten ist, sofern sie gerechtfertigt war. Hat z. B. fremdes Verschulden eine Sachlage herbeigeführt, in welcher es zur rechtlichen oder moralischen Pflicht wurde, ohne Rücksicht auf die damit verbundene eigene Gefahr zum Schutze des Lebens, der Gesundheit oder auch wertvoller Güter einzugreifen, so hat derjenige, welcher die Gefahr veranlaßt hat, für den bei den Rettungsversuchen entstehenden Schaden zu haften.[10]

III. Was den Nachweis des Kausalzusammenhangs anlangt, so ist zu beachten:

1. Es ist nicht erforderlich, daß der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand der einzig mögliche Grund des angerichteten

---

lagerte der Spediteur dieses Gut in einem offenen Schuppen zu ebener Erde, während ihm eine Treppe hoch gelegene Räume, in denen das Gut jedenfalls trockener aufgehoben gewesen wäre, zu Gebote standen. Durch Hochwasser infolge Dammbruchs wurde der ganze Ort und insbesondere auch der untere Lagerraum des Spediteurs überschwemmt, während das Wasser die höher gelegenen Räume nicht erreichte. Das R.G. hat den Schadensersatzanspruch zurückgewiesen, da der Kausalzusammenhang zwischen der angeblich vertragswidrigen Lagerung und der Beschädigung nicht bestehe. Der zufällige Schaden liege außerhalb der Richtung des angeblichen Verschuldens. R.G. Bd. 42 S. 291.

10) Bolze Bd. 1 Nr. 599, Bd. 14 Nr. 129 und 198; Jur.Woch. 1892 S. 221 Nr. 30; R.G. Bd. 29 S. 122, ferner Kammerg. vom 11. Oktober 1901 in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 290; Staub, § 347 Anm. 27. Jemand hat schuldhaft ein Haus in Brand gesteckt; ein Dritter sucht die noch im Hause befindlichen Menschen zu retten und wird hierbei von einem einstürzenden Balken beschädigt. War es unter vernünftiger Erwägung aller Umstände Pflicht eines mutigen Mannes, den Rettungsversuch zur Ausführung zu bringen, so kann der Verletzte gegen denjenigen, der durch sein Verschulden den Brand des Hauses verursacht hat, Schadensersatzansprüche erheben, obgleich er sich selbst durch eigene freie Entschließung der Gefahr einer Beschädigung ausgesetzt hat. — Entsprechend ist auch folgender Fall zu entscheiden. Der Eigentümer eines Grundstücks hatte entgegen einer Polizeiverordnung bei Glatteis den Bürgersteig nicht bestreut. Der Bürgersteig war ohne Gefahr nicht zu betreten. Ein Passant begab sich deshalb auf den Fahrdamm, indem er hoffte, dort einen weniger gefährlichen Weg zu finden. Indes war es hier ebenfalls glatt. Er stürzte und erlitt Verletzungen. Der Eigentümer des Hauses ist zum Schadensersatz verurteilt. Der Verletzte hat als vernünftiger Mensch gehandelt. Das Betreten des Fahrdammes war durch die Gefährlichkeit des Bürgersteigs veranlaßt und geboten, Bolze Bd. 14 Nr. 198; Jur.Woch. 1892 S. 186 Nr. 25. — [Vorzugsweise ist ein Polizeibeamter, der in Ausübung seines Dienstes einem durchgehenden Pferde in die Zügel fällt, berechtigt, wegen etwaiger hierbei erlittener Verletzungen von dem Tierhalter (vgl. B.G.B. § 833) Schadensersatz zu beanspruchen, vgl. R.G. vom 30. Januar 1905 Jur.Woch. 1905 S. 170.]

Schadens ist. In der Regel genügt vielmehr, daß jener Umstand geeignet war, den eingetretenen Schaden zu stiften. Dies mindestens, solange nicht die Wahrscheinlichkeit dargetan wird, daß der Schaden von einem andern Umstande herrührt.[11]

Daher reicht z. B. bei Explosionen von Pulver- und Dynamitfabriken, welche in der Regel auch die Spuren der Ursache des Unfalls zerstören, zur Begründung des Schadensersatzanspruchs der Nachweis aus, daß die zur Vermeidung einer Explosion gebotene Vorsicht im Betriebe der Fabrik fehlte.[12]

2. Nach A.L.R. I 6 § 26 galt der Übertreter eines auf Vermeidung von Schadenszufügung abzielenden Polizeigesetzes für allen Schaden als verantwortlich, welcher bei Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können.

In gleichem Sinne hat die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts auch für gemeines Recht bei Schiffskollisionen die Vermutung aufgestellt, daß das Zuwiderhandeln gegen gesetzliche, zum Schutze bestimmter Interessen gegebene Vorschriften als kausal für die Entstehung eines Schadens, dessen Verhütung durch jene Vorschriften bezweckt werde, anzusehen ist, so daß die Entschädigungsklage des Verletzten nur den Nachweis der erfolgten Beschädigung und des Zuwiderhandelns gegen jene Vorschriften bedarf.[13]

[Das B.G.B. enthält keinerlei Vermutungen für den Kausalzusammenhang zwischen einem schuldhaften Handeln und dem Schaden, der

---

11) Das Strafrecht steht auf einem anderen Standpunkte. Die Strafsenate des R.G. haben unter Zustimmung der mit ihnen grundsätzlich auf demselben Boden stehenden Literatur den Beweis nicht für geführt erachtet, wenn durch das bei jedem mittelbaren Schaden notwendige Zusammenwirken der verschiedenartigsten nachfolgenden Ursachen der Wirkungsverlauf der ursprünglichen causa derart verdunkelt wird, daß seine sichere Verfolgung und Feststellung nicht möglich ist. Liszt, Die Deliktsobligationen S. 69. Dies will Liszt auch für das bürgerliche Recht verwendet haben. Mit Unrecht. Für das Strafrecht wäre ein Opportunismus, wie in Z.P.O. § 287, früher § 260, unerträglich, das bürgerliche Recht fordert ihn. Vgl. dazu neuerdings O.L.G. Karlsruhe vom 6. Juni 1906 Bad.Rechtspr. 1906 S. 278; O.L.G. Hamburg vom 12. November 1904 Seuff.Arch. Bd. 60 S. 466.

12) Vgl. R.G. Bd. 10 S. 143, Bd. 12 S. 190, Bd. 15 S. 338, Bd, 29 S. 140; Gruchot Bd. 38 S. 938; Seufferts Arch. Bd. 48 S. 10 und S. 41; Jur.Woch. 1896 S. 137 n. 41, 1897 n. 14 S. 231, O.L.G. Dresden v. 22. Jan. 1901 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 483. Gleiches gilt bei Beschädigungen durch Ausströmen von Gas und Wasser. Auch hier genügt zur Begründung des Ersatzanspruchs gegen die Gas- oder Wasserversorgungsgesellschaft der Nachweis, daß sie bei der Beaufsichtigung und Instandhaltung der Zuleitungsrohre die erforderliche Sorgfalt außer acht ließ.

13) R.O.H.G. Bd. 28 S. 291; R.G. Bd. 21 S. 109, Bd. 31 S. 64.

durch dieses Handeln verursacht sein k a n n. Auch § 823 Abs. 2 enthält eine solche nicht. Ist aber dieser Zusammenhang in hohem Grade wahrscheinlich und liegt die Möglichkeit einer anderen Ursache für den entstandenen Schaden fern, so wird § 287 Z.P.O. die Feststellung, daß der eingetretene Schade Folge dieses schuldhaften Verhaltens sei, auch ohne Umkehr der Beweislast ermöglichen.] [14]

IV. Ein Kausalzusammenhang kann nicht bloß durch ein Tun, sondern auch durch ungehöriges U n t e r l a s s e n vermittelt werden. Dies entspricht der Lebensauffassung, an welche sich das Recht anzuschließen hat.[15]

Es ist dies namentlich bei Verabsäumung sog. Zwangspflichten der Fall.[16]

---

14) Vgl. Gruchot Bd. 38 S. 944. Vgl. R.G. vom 27. Februar 1902. Jur.Woch. 1902 Beilg. 3 S. 212. R.G. vom 16. Mai 1904 Jur.Woch. 1904 S. 408 und zahlreiche Entscheidungen der O.L.G.

15) So mit Recht Liszt S. 72. Vgl. freilich Endemann § 131 S. 586, 591 und dort Angef.

16) Beispiele: Ein Hauseigentümer, welcher in seinem Hause Wohnungen vermietet und damit einen Verkehr in seinem Hause eröffnet, übernimmt damit die Zwangspflicht, auch diejenigen Einrichtungen zu treffen, durch welche eine Gefahr für die im Hause verkehrenden Personen verhütet wird. Hieraus ergibt sich insbesondere auch bei dem Nichtvorhandensein dahingehender Polizeiverordnungen die Pflicht, für die gehörige Beleuchtung der Zugänge zu sorgen, Geländer an steilen Treppen anzulegen, und die Haftung für den aus der Versäumnis entsprungenen Schaden, R.G. Bd. 33 S. 228; R.G. i. Straff. Bd. 14 S. 362; Jur.Woch. 1894 S. 152 Nr. 42, 1887 S. 295 Nr. 29; Gruchot Bd. 38 S. 942, Bd. 36 S. 447, Bd. 35 S. 146; Bolze, Bd. 4 Nr. 338; Blätter für Rechtspflege i. B. d. K. 1898 S. 49; R.G. vom 15. Dezember 1904 und 21. Dezember 1905 Jur.Woch. 1905 S. 78 und 1906 S. 110; O.L.G. Dresden vom 26. Mai 1906 in Annalen des Sächs. O.L.G. Bd. 27 S. 47. Auch für den baulichen Zustand einer Stufe der zu einem vermieteten Laden führenden Treppe ist der Hauseigentümer und nicht der in dem Laden Geschäfte treibende Mieter verantwortlich R.G. vom 25. Sept. 1905 Jur.Woch. 1905 S. 640 und D.Jur.Zeit. 1905 S. 1121. Über die Streupflicht des Hauseigentümers bei Glatteis vgl. außer oben Anm. 10: R.G. vom 23. Januar 1905 Jur.Woch. 1905 S. 144. — Über die Haftpflicht des Gastwirts im allgemeinen vgl. R.G. vom 24. Juni 1904 Recht Bd. 8 S. 603; O.L.G. Celle vom 11. Juni 1904 Recht Bd. 8 S. 447; über seine Beleuchtungspflicht: R.G. vom 28. November 1904 Jur.Woch. 1905 S. 45; über die Verantwortlichkeit des Pächters einer Bahnhofswirtschaft neben dem Fiskus R.G. vom 8. Dezember 1904 Jur.Woch. 1905 S. 48 — Ein Rechtsanwalt behält seinen Bureauvorsteher, von dem er weiß, daß er unredlich ist, dennoch im Dienst, trifft auch keine Maßnahmen, um dem unredlichen Bureauvorsteher die Möglichkeit zur Verübung weiterer Unredlichkeiten zu entziehen. Für die von dem Bureauvorsteher nunmehr begangenen Unterschlagungen der an ihn gezahlten Gelder haftet der Rechtsanwalt. Denn die Tätigkeit des Anwalts ist bestimmt, dem Publikum seine Dienste zu leisten. Daraus ergibt sich die Verpflichtung des Anwalts, dafür zu sorgen, daß das bei ihm Rat suchende Publikum nicht Schaden erleidet. Ein jeder Rechtsanwalt kennt aber die Gepflogenheit des Publikums, wonach dieses den Bureauvorsteher als legi-

§ 28. Beachtung des Grades des Verschuldens.

I. Für die Bemessung der Höhe des Schadensersatzes ist die Frage erheblich, ob der Richter den Grad des Verschuldens des Schädigers zu beachten hat.

Dies war nach A.L.R. der Fall. Nur wem Vorsatz oder grobes Versehen zur Last fiel, haftete für allen Schaden, den unmittelbaren und den mittelbaren, wie auch für entgangenen Gewinn; sonst war die Haftung nach dem Grade des Verschuldens eine mehr oder minder beschränkte. Auch Code civil Art. 1150 zeichnete den Dolus bei Bemessung der Höhe des Schadens besonders aus.

Dagegen gab das alte H.G.B. Art. 283 bei Schadenszufügungen schlechthin Anspruch auf den „ganzen Schaden".

II. Das B.G.B. spricht sich nicht besonders aus. Damit sind die Unterscheidungen der älteren Gesetzgebungen beseitigt.

Ist um deswillen kein Unterschied zwischen dolosen und nicht dolosen Schadenszufügungen zu machen? Dies nehmen die Motive Bd. 2 S. 17 an. Auf ethische Gesichtspunkte komme es bei der Bemessung des Schadens nicht an; ein Gebot der Gerechtigkeit sei, daß dem Beschädigten ohne solche Unterscheidung das Seine vollständig werde! Doch nicht ohne Grund hat man dies eine einäugige Gerechtigkeit genannt,[1] sie habe nur für den Verletzten ein Auge, nicht für den Schädigenden.[2]

Die Z.P.O. § 287 ermächtigt den Richter, unter Berücksichtigung aller Umstände über die Höhe des Schadens zu entscheiden. Darin liegt eine gewaltige Begünstigung des Beschädigten. Auch entfernter und mittelbarer Schaden ist demzufolge zuzusprechen, auch wenn er nicht be-

---

timiert betrachtet, die geschäftlichen Angelegenheiten mit diesem zu besprechen und soweit als möglich mit diesem zu erledigen. Wenn der Anwalt einen Bureauvorsteher, dessen Unredlichkeit er kennt, dennoch im Dienste behält, so begeht er damit ein Versehen gegen die ihm dem Publikum gegenüber obliegenden Pflichten und haftet für den hieraus entstandenen Schaden einem jeden Dritten, wenn er auch zu dem Dritten in ein Vertragsverhältnis nicht getreten ist, R.G. Bd. 14 S. 283; Just.Min.Bl. 1886 S. 32; Jur.Woch. 1885 S. 349. — Jemand versenkt einen Anker an einem Platze, wohin sich Schiffe begeben können, ohne daß er die für die Erkennbarkeit des Vorhandenseins des Ankers erforderlichen Maßnahmen trifft. Für den durch den Anker veranlaßten Schaden muß er haften, R.O.H.G. Bd. 20 S. 382; vgl. R.O.H.G. Bd. 23 S. 353, Bd. 13 S. 113; Strieth.Arch. Bd. 41 S. 334; Bolze Prax. Bd. 15 Nr. 115.

1) Degenkolb, Archiv für ziv. Praxis Bd. 76 S. 79; vgl. Liszt a. a. O. S. 2; Ihering, Vermischte Schriften S. 199.

2) Den Motiven folgen freilich die Kommentatoren, z. B. Goldmann und Lilienthal S. 185; Stammler, Schuldverh. S. 123 Anm. 7.

wiesen wird, nicht beweisbar wäre. Dies ist vor allem billig, wenn dem Schädiger absichtliche Rechtsverletzung zur Last fällt. Denn durch seinen Dolus wurde der andere Teil in die Lage versetzt, erst streiten, klagen, beweisen zu müssen, während er sonst das Gut, um das es sich handelt, unverletzt besäße. Dies kann der Richter nur dadurch ausgleichen, daß er zweifelhafte Fragen möglichst zugunsten des dolos Verletzten löst. Wo aber der Schädiger nur in leichter Schuld oder ohne jede Schuld war, da wird der Richter oft Bedenken tragen müssen, ihm entfernte Schäden zur Last zu legen, sofern es zweifelhaft sein muß, ob sie Folgen seiner Tat sind. Hier wird er sich sagen müssen: **in dubio pro reo!**

Da sich anerkanntermaßen § 287 der Z.P.O. auch auf die Würdigung des Kausalzusammenhanges bezieht,[3] da vom Richter „alle Umstände" zu würdigen sind, so ist auch der Umstand in Betracht zu ziehen, ob dem Schädiger Arglist zur Last fällt oder nicht.

Das Schweizer Bundesgesetz über Obligationenrecht Art. 51, 116 gibt dem Richter bei Bemessung des Schadens besonders auch die Berücksichtigung der Größe des Verschuldens anheim. Die Motive lehnen dies ab. Eine solche weitgehende Befugnis des Richters habe die von dem deutschen Rechte nicht übernommene autoritative Stellung des Richters zur Voraussetzung!

Des § 260 — jetzt § 287 — der Z.P.O. erinnern sich die Motive dabei nicht. Sie übergehen ihn völlig mit Stillschweigen. In der Tat gibt er aber bezüglich der Bemessung des Schadens dem Richter die weitgehendste autoritative Stellung!

Die Motive stimmen hiernach nicht mit dem gesetzlichen Zustand überein. Sie stehen also der Auffassung nicht entgegen, daß unter den Umständen, welche der Richter zu würdigen hat, die Größe der Schuld des Schädigers beachtet wird.

III. Positive Abstufung des Schadensersatzes nach dem Grade der Verschuldung wird vom H.G.B. §§ 430 ff., 611 ff. im Falle des Verlustes des Frachtguts festgehalten, da hiernach Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zum Ersatze des vollen Schadens verpflichtet, während der Frachtführer, hiervon abgesehen, auf Grund des Frachtvertrags nur den gemeinen Wert des zugrunde gegangenen Gutes zu ersetzen hat.

---

3) Oben § 27 Anm. 3.

§ 29. Entgangener Gewinn.

I. Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch entgangenen Gewinn, B.G.B. § 252.

Auszugleichen ist also nicht bloß Schaden, welcher dem Verletzten bereits zustehende Güter trifft — sog. damnum emergens — sondern auch Vereitelung von Vorteilen, welche er mit Fug erwarten durfte — sog. lucrum cessans.

Welcher Gewinn gemacht worden wäre, läßt sich freilich nur durch mehr oder minder unsichere Schlüsse ermitteln. Nur was zweifellos eingetreten wäre, zu berücksichtigen, wäre zu eng und unbillig, entfernte Möglichkeiten, bloße Gewinnträume in Anschlag zu bringen — sog. Milchtopfrechnungen —, aber phantastisch und willkürlich.[1]

II. Das B.G.B. § 252[2] verfolgt den Mittelweg, welchen die gemeinrechtliche Theorie, den Anforderungen des Lebens entsprechend, eingeschlagen hat. Danach kann der Beschädigte beanspruchen:

a) was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge für ihn zu erwarten war, z. B. ortsübliche Mietszinsen;[3][4]

b) ferner, was nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen wahrscheinliche Aussichten auf Verwirklichung hatte. Der Gläubiger hat z. B. für die geschuldeten Sachen einen Käufer an der Hand und verliert durch deren Nichtlieferung den Unterschied des von ihm auszulegenden Kaufpreises und des Preises der Weiterveräußerung.

---

1) Vgl. über römisches Recht Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 45 Anm. 3.

2) E. I § 219; Mot. S. 19; Kom.Prot. Bd. 1 S. 291. — O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 214.

3) [Handelt es sich um einen Anspruch auf Ersatz des infolge Nichtlieferung entgangenen Gewinns, so bleibt zwar die bloße Möglichkeit eines Geschäftsverlustes außer Betracht, dagegen sind die verhältnismäßigen, allgemein in gleichzeitigen Betrieben erwachsenden Handlungsunkosten von dem zuzubilligenden Ersatzbetrag abzuziehen, so z. B. Transport- und Lagerspesen, die infolge der Nichtlieferung erspart sind, im Falle der Lieferung aber notwendig geworden waren. Vgl. H.G.B. § 430 Abs. 1; O.L.G. Breslau vom 11. Mai 1903 Recht 1903 S. 290.] Der Gläubiger kann nicht ohne weiteres den Gewinn beanspruchen, welchen er nach der regelmäßigen Weise seines Geschäftsbetriebes mit dem Geschuldeten hätte erzielen können. Eine Aktiengesellschaft z. B., die 20 % Dividende erzielt, kann von ihren Schuldnern im Verzuge nicht ohne weiteres 20 % verlangen. Dies schon um deswillen nicht, weil sie sich das Geld in anderer Weise gegen üblichen Zins verschaffen konnte; vgl. Dernburg a. a. O.

4) [Um den Anspruch des Käufers auf Ersatz des infolge Nichtlieferung von Waren entgangenen Gewinns zu begründen, genügt der Beweis, daß die Waren zur Lieferungszeit verkäuflich waren R.O.H.G. Bd. 2 S. 197. Nach R.G. Bd. 4 S. 1 ist sogar bei marktgängigen Waren die Verkaufsmöglichkeit vorbehaltlich des Beweises des Gegenteils ohne weiteres anzunehmen.]

Sollte es gewiß sein, daß der Vorteil, welcher an sich erwartet werden konnte, nicht gemacht worden wäre, so kann er nicht in Betracht kommen; z. B. der Käufer, dem mit Vorteil weiter verkauft war, verfällt in Konkurs, die im Zwangsvergleich versprochene Summe aber ist niedriger als der von dem Verkäufer seinerseits anzulegende Anschaffungspreis. Für solche Fälle ist die Vorschrift nicht getroffen.[5] Daß das Gesetz sagt, der erwartete Gewinn „gilt" als entgangen, kann hieran nichts ändern.

[Stellt sich dagegen nachträglich z. B. infolge steigender Konjunktur ein höherer Betrag als bestimmt entgangener Gewinn heraus, so ist dieser dem Ersatzberechtigten ohne Rücksicht darauf zuzubilligen, ob er zur Zeit des Vertragsabschlusses wahrscheinlich gewesen ist oder nicht.[6]]

III. Bereits in der zweiten Kommission hat man eine andere Auslegung versucht. Sie hat auch später Anklang gefunden. Nicht eine Vermutung darüber, unter welchen Umständen ein Gewinn als entgangen anzunehmen sei, soll aufgestellt und bezweckt sein, vielmehr soll das Entgehen eines Gewinnes, auch wenn feststehe, daß er entgangen sei, nur dann berücksichtigt werden, wenn er in dem Zeitpunkt, in welchem der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand eintrat, mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war.[7]

Hätte man dies beabsichtigt, so hätte man sich wenig glücklich ausgedrückt; denn der Hauptpunkt, nämlich daß es auf jenen Zeitpunkt allein ankommen solle, wäre verschwiegen. Warum ferner fingieren, daß der Gewinn nicht gemacht wäre, statt zu sagen, er könne nicht gefordert werden. Und wie unbefriedigend wäre das Ergebnis! Ist der Veräußerer eines Grundstücks z. B. in Verzug, in diesem findet sich ein Schatz oder es gewährt einen unerwarteten, seit Jahrzehnten unerhörten Weinertrag, dann hätte er trotz § 286 Abs. 1

---

5) R.G. Bd. 17 S. 51 führt aus: „Sache des Ersatzpflichtigen ist es, Umstände zu behaupten und nachzuweisen, aus denen zu entnehmen ist, daß mit Rücksicht auf die Verhältnisse des gegebenen Falles mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Verletzte dauernd den bisher genossenen Verdienst auch ohne die Verletzung nicht würde gehabt haben." Gleiches gilt auch unter der gegenwärtigen Gesetzgebung. Dem Ersatzpflichtigen steht der Beweis offen, daß nicht der Wahrscheinlichkeit entsprechende, sondern andere Tatsachen eingetreten wären.

6) Vgl. R.G. vom 18. April 1902 D.Jur.Zeit. 1902 S. 311 Staub 8. Aufl. Anm. 19 zu § 347.

7) So Planck zu § 252; Staudinger Bd. 2 S. 53. Anders aber die Motive Bd. 2 S. 18. Vgl. Staub Anm. 19 zu § 347.

nicht herauszugeben, weil im Augenblick, in welchem der Schuldner in Verzug kam, ein derartiger Gewinn noch nicht zu erwarten war. Das kann nicht Meinung des Gesetzes sein.[8]

§ 30. Ort und Zeit der Schadensberechnung.

I. Welcher Ort ist für die Schadensberechnung maßgebend? In der Regel wird bei Vertragsforderungen der Erfüllungsort zugrunde zu legen sein.[1] Fällt bei einem Kauf Erfüllungs- und Ablieferungsort auseinander, so kann der Käufer den Preis des Ablieferungs- oder Bestimmungsortes berechnen abzüglich der ihm zur Last fallenden Versendungskosten, da er den entgangenen Gewinn anrechnen kann, der nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge am Bestimmungsorte gemacht werden konnte.[2]

Bei außervertraglichen Schadensansprüchen wegen einer Sache ist in der Regel der Ort maßgebend, an dem sich die Sache zur Zeit der Verletzung befand.

II. Schwierig ist die Frage, welche *Zeit* bei der Berechnung des Interesses zugrunde zu legen ist.[3] Die Antwort hängt von der besonderen Gestaltung des Rechtsverhältnisses ab. Besonders hervorzuheben ist:

1. Bei außervertraglichen Beschädigungen ist die *Zeit der Verletzung* zugrunde zu legen.[4] Aber auch die Vergrößerung des Schadens durch spätere Ereignisse bis zum Urteil ist in Betracht zu ziehen. Andererseits steht dem Verpflichteten stets der Nachweis der Minderung des Schadens durch spätere Ereignisse offen.[5]

2. Bei Schadensansprüchen wegen *Vertragsverletzung* kann der Fall so liegen, daß bereits vor dem Prozeß oder doch vor dem Urteil die Erfüllung des Vertrags durch eine Handlung oder Unterlassung des Schuldners unmöglich geworden ist, und daß deshalb Schadensersatz

---

8) [Gegen die Ansicht Plancks treffend Enneccerus, Lehrb. des bürg. Rechts II S. 407 ff.]

1) Vgl. H.G.B. § 430, siehe auch l. 4 D. de cond. trit. 13, 3; l. 22 D. de r. c. 12, 1.

2) So R.O.H.G. Bd. 11 S. 240, 422.

3) Ist die Zeit des schadenstiftenden Ereignisses unbestimmt, so hat der Richter unter Zuhilfenahme des § 287 Z.P.O. den Schaden festzustellen, R.G. Bd. 31 S. 89.

4) Bei Sachen, welche einen Marktpreis haben, entscheidet der damalige Marktpreis; bei anderen Sachen der damalige Wert nach dem Gutachten der Sachverständigen.

5) R.O.H.G. Bd. 8 S. 371.

gefordert wird. Hier hat das Urteil den Zeitpunkt zugrunde zu legen, in welchem sich das beschädigende Ereignis begab, so daß aber die sich weiter bis zum Urteil entwickelnden Folgen zu berücksichtigen sind.[6] Kommt es dagegen zur Verurteilung in das Geldinteresse, weil sich der Beklagte zu der an sich noch möglichen Erfüllung des Vertrags nicht versteht, so ist der Zeitpunkt der Fällung dieses Urteils an erster Stelle maßgebend,[7] doch kann der Gläubiger auch ohne weiteres den höheren Wert zur Zeit des eingetretenen Verzugs fordern. Den höheren Wert der Zwischenzeit kann er nur beim Nachweis, daß er ihn ohne den Verzug erzielt hätte, liquidieren.

3. Besonders auszuzeichnen ist der Fall, wenn vertretbare Sachen, die einen marktgängigen Preis hatten, zu einer *bestimmten Zeit* vertraglich zu liefern waren. Treu und Glauben fordern, daß der Gläubiger, welcher die geschuldeten vertretbaren Sachen in Natur haben will, sich selbst zur Erfüllungszeit decke, damit nicht auf den Schuldner die Gefahr der Preissteigerung auf unbestimmte Zeit hinaus gewälzt werde. Der Gläubiger kann daher nur den damaligen Marktpreis oder auch das darüber hinaus für die Sachen damals gutgläubig Ausgelegte in Anrechnung bringen; er darf nicht im Fall des Steigens — etwa nach Jahren — Erfüllung fordern oder die späteren höheren Preise ansetzen. Diese Sätze des älteren Rechts[8] sind festzuhalten.

Setzte der Gläubiger infolge gesetzlicher Pflicht oder freiwillig, aber in angemessener Weise, dem Schuldner eine *Nachfrist*, so kann er auch die Zeit *ihres Ablaufs* zugrunde legen.

---

6) Besonders liegt der Fall R.O.H.G. Bd. 22 S. 416. — Vgl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 117.

7) Dies folgt aus der Natur der Sache. Der Gläubiger hatte noch im Augenblick des Urteils das Recht auf die spezifische Erfüllung des Versprochenen. Wenn ihm dies nicht wird, so kann er folgerecht verlangen, was sie ihm jetzt wert ist. Das erkannten bereits die römischen Juristen bei den bonae fidei judicia an, l. 3 § 2 D. commodati 13, 6, und die gemeinrechtliche Literatur ist hierüber einstimmig. Erfolgt eine Beweisaufnahme über den Wert der zu leistenden Sache, so ist freilich der zeitige Wert festzustellen. Aber der Gläubiger kann bis zum Urteil noch darlegen, daß der Wert gestiegen ist. Ja der Richter kann dies infolge seines Rechts zur Abschätzung des Schadens nach seiner Überzeugung ohne weiteres berücksichtigen. Anders Eccius, Preuß.Pr.R. Bd. 1 § 106 Anm. 57.

8) Vgl. O.Trib. Bd. 17 S. 176. Ähnlich l. 4 D de cond triticaria 13, 3; l. 22 D. de r. c. 12, 1; l. 59; l. 60 D. de V. O. 45, 1. — Vgl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 117. Vgl. dazu: Staub a. a. O. Anm. 69 zu § 374 mit reichem Judikaturnachweis.

§ 31. Aufrechnung von Vorteilen.

1. Das B.G.B. bestimmt darüber nichts, wie weit der Schädiger befugt ist, Vorteile, die er dem Beschädigten verschafft hat, auf einen Schaden, für den er ihm haftet, aufzurechnen — sog. compensatio lucri cum damno.[1] [2] Die Natur der Sache ist daher maßgebend.

2. Erwachsen dem Beschädigten zwar aus demselben Rechtsverhältnis, aber durch verschiedene Handlungen Vorteile und Nachteile, so kann danach in der Regel nicht aufgerechnet werden, z. B. wenn im Verfolg eines Auftrags oder Dienstverhältnisses einige Geschäfte Schaden bringen, andere Gewinn ergeben.

3. Hat aber dasselbe Ereignis Schaden und Vorteil gebracht und steht beides in einem inneren Zusammenhang, so findet Aufrechnung statt. Dies jedenfalls, wenn der Vorteil mit einem Schaden verknüpft wurde, welchen der Schädiger zu vertreten hat, z. B. ein Jockey gewinnt durch schuldhafte Überanstrengung eines Rennpferdes einen Preis.[3] Hat ferner der Käufer wegen Verzuges des Verkäufers bei Lieferung der Waren verschiedene Deckungskäufe vorgenommen, von denen einige ungünstig, andere aber vorteilhaft waren, so hat der Kontraktbruch nur soweit geschadet, als das Gesamtergebnis der sämtlichen Deckungskäufe einen Schaden aufweist.

4. Auch wenn aus derselben Tatsache Schaden und Vorteil entspringen, ist bei Mangel inneren Zusammenhanges die Aufrechnung ausgeschlossen. Beispielsweise kann auf die Ansprüche einer Witwe wegen Tötung ihres Ehemannes aus dem Haftpflichtgesetz eine Witwenpension nicht angerechnet werden, obgleich die Tötung den Erwerb

---

1) Dernburg, Vand. Bd. 2 § 45 Anm. 11 und dort Angeführte. — Vgl. weiter insbesondere Oertmann, Die Vorteilsausgleichung Berlin 1901; ferner Crome Bd. 2 S. 77; Staub 8. Aufl. Anm. 25 zu § 347 mit Fällen aus der Judikatur; Stintzing, Findet Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch statt? 1905; Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruche nach dem B.G.B. 1907; aus der Rechtsprechung, vgl. R.O.H.G. Bd. 22 S. 184; Entschdg. d. R.G. Bd. 15 S. 73, Bd. 40 S. 172; R.G. vom 3. Mai 1902 in Sächs. Arch. Bd. 12 S. 723; O.L.G. Kassel vom 12. Oktober 1905 R. d. O.L.G. Bd. 12 S. 118.

2) Wenn das B.G.B. zwar auch keine allgemeinen Bestimmungen über den Rechtssatz compensatio lucri cum damno enthält, so gibt es in zahlreichen Fällen Einzelbestimmungen, die auf einen allgemeinen Rechtssatz hinweisen, so bei gegenseitigen Verträgen im Falle der vom Gegenkontrahenten zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung, § 324 Abs. 1 Satz 2, bei Dienstverträgen § 615 Satz 2, bei Werkverträgen § 649 Satz 2, bei der Miete § 552 Satz 2, bei der Pacht § 581 Satz 2; vgl. auch §§ 255, 281.

3) Cosack § 91 Ziff. 10.

der Pension zur Folge hatte.[4] Bei der Enteignung ferner kann der Enteignete den Wert des enteigneten Grundstücks schlechthin fordern, ohne daß die Werterhöhung des ihm verbleibenden Restgrundstücks zur Aufrechnung kommen muß, denn diese Werterhöhung kommt auch allen anderen unentgeltlich zu.[5] Selbstverständlich endlich können Vorteile nicht in Anschlag gebracht werden, welche dem Beschädigten nur mittelbar infolge der schadenbringenden Handlung zufielen, z. B. das Haus des A. ist von B. in Brand gesteckt und A. erhält infolgedessen ein Geschenk von X.

§ 32. Eigenes Verschulden des Beschädigten.[1]

I. Unbillig ist es, von Dritten Ersatz für Schaden zu fordern, den man selbst verursacht hat oder leicht verhüten konnte oder dessen Beseitigung in unserer Hand liegt. Hierdurch würde sich die soziale Hilfe, welche das Recht dem Beschädigten gewährt, in Ausbeutung verkehren. Sie soll sicher nicht dahin führen, Drohnen für die bürgerliche Gesellschaft zu schaffen, welche als Schadensersatzrentner müßig gehen, statt, wie sie könnten und sollten, zu arbeiten.

Die Probleme, welche sich hier ergeben, sind freilich durch kasuistische Regeln, wie sie das A.L.R. I, 6 § 18 ff. aufstellt, nicht zu lösen.

Auch ist es einseitig, wie eine verbreitete gemeinrechtliche Lehre tat, dem Beschädigten alle Nachteile aufzulegen, welche durch seine Sorgfalt vermieden werden konnten, sofern dem Schädiger nur nicht Arglist zur Last fällt. Auch Mutwille und grobe Unvorsichtigkeit des Schädigers belädt ihn billigerweise mit dem Ersatze von Schaden, trotzdem ihn der Beschädigte bei genauer Aufmerksamkeit hätte abwenden können.[2]

II. Das B.G.B. § 254[3 4] vermeidet mit Recht scharfe Regeln. Das Ermessen des Richters, dessen Gewissen und Intelligenz hat im

---

4) R.G. Bd. 10 S. 50. — Vgl. R.G. Bd. 17 S. 45, Bd. 54 S. 37; Planck Anm. 3 zu § 253; Staudinger B.G.B. Bd. 2 S. 44. And. Ans. Staub Anm. 25 zu § 347.

5) Vgl. jedoch R.G. vom 3. März 1905 Eisenbahn-Entschdg. und Abhdlg. Bd. 22, S. 59. Eger, Komm. z. Enteignungsgesetz 2. Aufl. 1902 Bd. I S. 251 ff. Brauchitsch, Preuß. Verwaltungsgesetze 14. Aufl. 1903 Bd. 4 Anm. 25 zu § 8 des Enteignungsgesetzes.

1) [Die Literatur über das mitwirkende Verschulden des Geschädigten ist außerordentlich angewachsen. S. bei Staudinger Bd. 2 S. 56 zu § 254. Ich hebe daraus hervor: Träger, Der Kausalbegriff 1904 S. 326 ff.; Rümelin, Archiv f. ziv. Pr. 90, 175 ff. Die Rechtsprechung läßt die scharfe Trennung von Verschulden und Verursachung vermissen.]

2) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 45 Anm. 10.

3) E. I § 222. — Vgl. R.G. Deutsche Jur.Zeit. 1903 S. 224; R.G. vom 27. Juni 1905 Jur.Woch. 1905 S. 490.

4) § 254 B.G.B. gilt auch bezüglich des Haftpflichtgesetzes, R.G. vom

Einzelfalle die oft so schwierige Frage zu erledigen. [Das Gesetz gibt jedoch einige Leitsätze.]

1. Ist bei der Entstehung des Schadens Verschulden des Beschädigten beteiligt, so sollen alle Umstände des Falles in Betracht gezogen werden, um zu angemessener Verteilung des Schadens zu gelangen.

Insbesondere soll maßgebend sein, welcher Teil den Schaden vorwiegend verursacht hat, § 254 Abs. 1.

[Es soll also nicht eine Aufrechnung des beiderseitigen Verschuldens (sog. Kulpakompensation) Platz greifen, bei welcher das Maß subjektiver Verschuldung beider Teile festgestellt und gegeneinander abgewogen würde. Es soll vielmehr auf die Wirkung gesehen werden, welche das Verhalten des einen und das des andern gehabt hat. Daher muß die Ersatzpflicht selbst wegfallen, wenn die von dem einen schuldhaft geschaffene Ursache einen Schaden verursachen konnte, die von dem Geschädigten gesetzte Ursache aber den eingetretenen Schaden bewirkt hat, und sie kann wegfallen, wenn die von dem Geschädigten geschaffene Ursache eine so überwiegend kräftige Wirkung gehabt hat, daß die andere Ursache nicht mehr in Betracht kam; aber auch der Umfang der Ersatzpflicht hängt von der größeren oder geringeren Wirksamkeit dieser oder jener Ursache ab. Darum ist es folgerecht, diese Abwägung nicht nur in dem Falle vorzunehmen, wenn auf der einen oder der andern Seite ein schuldhaftes Verhalten vorlag, sondern sie überhaupt in jedem Fall eintreten zu lassen, in welchem bei dem einen oder dem andern oder bei beiden Teilen ein Verhalten vorliegt, für das er nach bürgerlichem Rechte verantwortlich ist, also z. B. wenn der Schade verursacht worden ist durch das Zusammenwirken eines Tieres des Geschädigten und eines Tieres des Schädigers[5]; und es trifft den Schädiger der ganze Schaden, wenn der Geschädigte zwar selbst eine mitwirkende Ursache gesetzt hat, aber etwa nach §§ 827, 828 B.G.B. für sein Tun nicht verantwortlich gemacht werden kann.[6] Erst wenn jene Abwägung

---

24. November 1902, Jur.Woch. 1903 Beilg. 1 S. 13 und zwar nicht nur bezüglich des § 1, sondern auch bezüglich des § 2 jenes Gesetzes, R.G. vom 28. Mai 1906 Jur.Woch. 1906 S. 459. Dagegen gilt § 254 nicht für die Haftpflicht aus § 25 des Preuß. Eisenbahngef. vom 3. November 1838 R.G. vom 9. April 1906 Jur.Woch. 1906 S. 382, ebensowenig für die Fälle der großen Haverei, R.G. vom 24. Februar 1906 in D.Jur.Zeit. 1906 S. 653.

5) R.G. 67 S. 120. Ferner Seuff.Arch. 60 n. 164.

6) R.G. vom 3. März 1905 Seuff.Arch. 60 n. 187, R.G. vom 7. Dezember 1905 in Jur.Woch. 1906 S. 55, R.G. 54, S. 410. Dazu Pfizer in D.Jur.Zeit.

der objektiv wirkenden Ursachen nicht zum Ziele führt, kann, da alle Umstände zu berücksichtigen sind, auch auf den Grad des Verschuldens Rücksicht genommen werden. Doch kommt der Arglist des Schädigers gegenüber ein bloßes Versehen des Geschädigten nicht in Betracht.[7]]

2. Dem Schädiger kann auch zugute kommen, daß der Beschädigte unentschuldbar unterlassen hat, *auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens* aufmerksam zu machen, welche der Schädiger weder kannte, noch kennen mußte, § 254 Abs. 2.[8]

Dies wird für Verträge bestimmt. Entsprechendes ist aber in Fällen außervertraglicher Beschädigung anzunehmen. Man denke an kostbare Spiegelscheiben eines Neubaues, die nicht gekennzeichnet sind und fahrlässigerweise von einem Vorübergehenden eingestoßen werden.

Eine besondere Ausprägung des Grundsatzes findet sich im Falle des Einbringens von Sachen bei Gastwirten, B.G.B. § 702, sowie bei Frachtverträgen, H.G.B. § 429 Abs. 2.[9]

3. Das richterliche Ermessen hat endlich auch zu beachten, daß der Beschädigte schuldhafterweise „*unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern*“, § 254 Abs. 2.[10]

1904 S. 713. Ein Beispiel R.G. vom 12. Oktober 1906 in Recht 1906 S. 1255; R.G. 69, 277.

7) Bei Beurteilung des Falles einer Schiffskollision äußerte R.G. D. Jur.Zeit. 1903 S. 224: Regelmäßig würde die Frage nach dem Maße der beiderseitigen Verursachung des Schadens mit der Frage der Schwere des beiderseitigen Verschuldens zusammenfallen. Der Schadenfall könne insbesondere so liegen, daß durch die Schuld des Beschädigten der Schaden vergrößert ist und sich ein mehr oder weniger bestimmter Teil des Schadens auf dessen Schuld zurückführen lasse.

8) Entsprechende Anwendung des § 254 schreibt § 846 vor. Eine dem § 254 entsprechende Vorschrift enthält § 735 Abs. 2 H.G.B. für Schiffszusammenstöße.

9) Vgl. Staudinger, Anm. 2 mit ausführlicherem Literatur- und Judikaturnachweis; Planck Anm. 2 zu § 254, ferner R.G. vom 7. Dezember 1905 Jur.Woch. 1906 S. 55; R.G. Bd. 54 S. 410 und dazu Pfizer, D. Jur.Zeit. 1904 S. 713. — Dagegen jedoch B.G.B. § 829 und über dessen Verhältnis zu § 254 O.L.G. Stuttgart in Jahrb. f. Würt. Rechtspfl. Bd. 16 S. 273.

10) Vgl. auch Reichstagsverhandl. S. 56. — Die Vorschrift des § 254, führt das Reichsgericht aus, setzt keineswegs ein Verhalten des Beschädigten voraus, welches gegenüber irgend einem andern eine kontraktliche oder außerkontraktliche Rechtswidrigkeit darstellt. Zur Annahme eines konkurrierenden Verschuldens genüge es vielmehr, daß der Beschädigte bei der Handlung, die den Schaden mitverursacht hat, dasjenige Maß von Aufmerksamkeit und Sorgfalt nicht betätigt hat, das nach Lage der Sache zur Wahrnehmung seiner eigenen Interessen geboten war. R.G. vom 2. Oktober 1902 Jur.Woch. 1902 Beilg. 12 S. 270. — Desgl. R.G. vom 10. März 1903 D. Jur.Ztg. 1903 S. 297. — Vgl. R.G. vom 9. Mai 1900 Entsch. Bd. 46 S. 207.

Was ist hier Verschulden? Daß der Bedrohte oder Geschädigte alles an Mühe und Vermögen aufwendet, um die Haftung dessen zu mindern, der widerrechtlich in seinen Rechtskreis eingreift, kann freilich nicht gefordert werden. Aber was er voraussichtlich tun würde, um dem Schaden zu begegnen, wenn er niemanden hätte, der ihm dafür aufkommt, kann wohl gefordert werden, wenn man Dritte wegen des Schadens in Anspruch nehmen will.[11]

Der Schmied, dem ein Amboß nicht geliefert wurde, kann die Schmiede nicht ein Jahr feiern lassen und dann vom vertragsbrüchigen Verkäufer den Jahresertrag der Schmiede beanspruchen, weil er ohne Amboß die Schmiede nicht benutzen konnte.

Besonders streitet man darüber, ob sich der an seinem Körper Verletzte eine Operation gefallen lassen muß, wenn sie ungefährlich und ohne erhebliche Schmerzen sichere Heilung verspricht. Nach dem aufgestellten Grundsatz ist dies zu bejahen. Muß er sich aber auch das falsch angeheilte Glied wieder zerbrechen lassen, um bessere Heilung zu versuchen? Dies ist ihm nicht zuzumuten.[12]

Die Schwere der Operation, die Dauer der notwendigen ärztlichen Behandlung, ihre Gefährlichkeit, Schmerzhaftigkeit, ja selbst die besondere körperliche und geistige Beschaffenheit des Verletzten ist bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

Ein besonderer Fall des konkurrierenden Verschuldens wird in § 839 erwähnt. Hat ein Beamter ein Verschulden begangen, so tritt eine Schadensersatzpflicht nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig die Einlegung eines Rechtsmittels versäumt hat.

In dem Gesetze betr. die Entschädigung der im Wiederaufnahme-

---

11) Vgl. O.L.G. Kiel vom 8. Juli 1904 R. d. O.L.G. Bd. 10 S. 157. [Hierher gehört auch die häufig aufgeworfene Frage, ob der Käufer, dem nicht geliefert wird, einen Deckungskauf vorzunehmen hat. Darüber neuestens O.L.G. Hamburg in Seuff.Arch. 60 n. 183.]

12) Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation 1893, — verneint jede Rechtspflicht zur Vornahme einer Operation in Übereinstimmung mit dem Reichsversicherungsamt und nimmt im allgemeinen gleiches bezüglich der Krankenbehandlung an, Einführung S. 589. Dagegen R.G. in Seufferts Archiv Bd. 46 n. 189; bei Gruchot Bd. 35 S. 401; Bolze Bd. 2 n. 553, Bd. 11 n. 185 und neuerdings R.G. vom 13. Februar 1905 Bd. 60 S. 147 abgedr. Jur.Woch. 1905 S. 201, vgl. Staudinger Anm. 2 m zu § 254 und dort Zitierte. Dazu Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Sonderabdruck aus Bd. 90 Arch. f. ziv. Praxis. Derselbe, Haftung des Arztes 1908. Rabel, Haftpflicht des Arztes. Hamm, Deutsche Jur.Ztg. 1907 S. 449 ff. v. Weinrich, Haftpflicht wegen Körperverletzung 2. Aufl. S. 34 ff.

verfahren freigesprochenen Personen vom 20. Mai 1898 wird hingegen die Versäumung eines Rechtsmittels nicht als Fahrlässigkeit erachtet.

4. Soweit das Verschulden des Beschädigten auf Grund des § 254 Abs. 2 den Ausschluß oder die Minderung seines Ersatzanspruchs bewirken würde, bewirkt dies auch das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder derjenigen, die ihn seinem Willen gemäß zu vertreten haben, § 254 Abs. 2, letzter Satz.[13]

§ 33. Art des Schadensersatzes. Wiederherstellung. Geldersatz.[1]

1. Nach römischem Rechte geschah der Schadensersatz durch Geldleistung. Der Geldersatz führt allerdings rasch zum Ziele, doch gibt er dem Beschädigten nicht genau das, was ihm entzogen ist. Daher verlangte A.L.R. I, 6 § 79, daß „alles soviel als möglich wieder in den Zustand gesetzt werde, welcher vor Anrichtung des Schadens vorhanden war.“ [2]

Hieran schließt sich B.G.B. § 249 [3] an. Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Doch im Falle der Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache kann der Beschädigte statt Herstellung Geldersatz verlangen. Denn dem Beschädigten ist nicht zuzumuten, gegen seinen Willen seine Person oder Sache dem Schädiger behufs Wiederherstellung anzuvertrauen.

2. Die Naturalherstellung ist auch hiervon abgesehen keineswegs immer tunlich, ausreichend oder zweckmäßig. Daher kann der Gläubiger nach § 251 Geldersatz beanspruchen,

a) wenn Naturalherstellung nicht möglich,

b) ferner wenn sie zu seiner Entschädigung nicht genügend ist.

---

13) [Denn der diese Personen betreffende § 278 B.G.B. ist auch bei Schädigungen außerhalb eines Vertrags, jedoch nur, soweit es sich um ein Verschulden dieser Personen in unterlassener Abwendung oder Minderung eines Schadens, dessen Ursache schon gegeben ist, handelt. R.G. 62 S. 346 und O.L.G. Hamburg Hans.Ger.Zeit. 1905 Hauptblatt Nr. 239, teilweise abweichend Planck und Staudinger Anm. 5 zu § 254.]

1) Vgl. Degenkolb im Archiv für ziv. Praxis Bd. 76 S. 1 ff. — Tuhr in Iherings Jahrb. Bd. 46 Heft 1—2: Naturalherstellung und Geldersatz.

2) Vgl. R.G. Bd. 23 S. 349, Bd. 11 S. 267; Jur.Woch. 1889 S. 133 n. 15, 1884 S. 181 n. 55, 1884 S. 122 n. 49, 1890 S. 416 n. 22, 1894 S. 286 n. 27, 1896 S. 114 n. 60.

3) E. I § 219; Mot. Bd. 2 S. 19; Kom.Prot. Bd. 1 S. 293, Bd. 2 S. 511.

c) Der Ersatzpflichtige ist seinerseits berechtigt, den Gläubiger in Geld zu entschädigen, falls die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist, § 251 Abs. 2.[4]

3. Ob die Herstellung möglich ist, ergibt die besondere Sachlage nach Ermessen des Richters.[5] [6]

Eine Wiederherstellung des früheren Zustandes, welche keine Dauer verspricht, ist keine Herstellung im Sinne des Gesetzes.

Hat der Schuldner die Herstellung verzögert, so kann der Gläubiger, welcher an der verspäteten Herstellung kein Interesse mehr hat, die Leistung zurückweisen und Gelderſatz verlangen. Die verspätete Erfüllung wäre im Sinne des § 251 keine genügende Erfüllung mehr.

4. Ist die Naturalherstellung zwar möglich und ausreichend, leistet sie aber der Schädiger nicht, so wird der Beschädigte leicht in weitläufige und schikanöse Streitigkeiten verwickelt, wenn er Schadensersatz betreiben will.

Er könnte dann nach den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. § 283 Gelderſatz erst fordern, wenn er die rechtskräftige Verurteilung des Schädigers zur Herstellung erlangt und ihm daraufhin eine angemessene Frist zur Herstellung bestimmt hätte, sofern die Herstellung nicht innerhalb der Frist erfolgte. Dies ist ein mit vielen Hindernissen besäeter Weg.

Daher trifft B.G.B. § 250 eine Sonderbestimmung.

---

4) Strieth.Arch. Bd. 100 S. 322. — Vgl. § 633 Abs. 2 B.G.B. wonach der Unternehmer eines Werkes berechtigt ist, die Beseitigung eines Mangels zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

5) Wiederherstellung liegt auch vor, wenn eine andere Sache geliefert wird, sofern sie von gleicher Güte ist, wie die entzogene. Ist z. B. eine Glasscheibe zerbrochen, so ist der Schaden durch Einsetzung einer neuen beseitigt. Das Flicken eines Kleides ist keine Wiederherstellung. Ist das Kleid aber ein altes, mehrfach geflicktes, dann ist das Flicken Wiederherstellung. Übereinstimmend jetzt auch Planck S. 22 Anm. 2 zu § 249. — Für unbefugtes Wegschießen von Hasen kann durch Wiederaussetzen einer entsprechenden Zahl Naturalrestitution geleistet werden, O.L.G. Hamburg Hans.Ger.Zeit. 1906 Beibl. S. 192.

6) [Ausgeschlossen ist die Wiederherstellung und stets ein Gelderſatzanspruch gegeben bei dem Schadensersatz auf Grund des B.G.B. § 326 Abs. 1 Satz 2 wegen Nichterfüllung nach fruchtloser Fristsetzung, R.G. vom 13. Oktober 1905 Jur.Woch. 1905 S. 686. — Gleiches wird bei Kreditgefährdung § 824 und Beleidigung zu gelten haben. Der öffentliche Widerruf einer Beleidigung kann zwar als Wiederherstellung angesehen werden. Doch ist eine Klage darauf nicht zulässig, weil der Widerruf für den Beleidiger eine Strafe enthalten würde, die den heutigen strafrechtlichen Anschauungen nicht entspricht, R.G. 60 S. 12 ff. Teilweise abweichend: Dernburg Jur.Woch. 1905 S. 161. Übereinstimmend Kam.Ger. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 13 S. 394.]

Durch sie wird dem Beschädigten verstattet, ohne weiteres dem Ersatzpflichtigen eine angemessene Frist zur Herstellung unter der Erklärung zu bestimmen, daß er Herstellung nach Ablauf der Frist ablehne mit der Rechtsfolge, daß sich sein Anspruch im Falle der Nichtwahrung der Frist in einen Geldanspruch verwandelt, so daß er dann aber auch die Herstellung nicht mehr verlangen kann.

Die Entwürfe knüpften an die Fristversäumnis nur einen fakultativen Anspruch des Gläubigers auf Geldersatz. Aber die Vorlage des Bundesrats bestimmte, ohne daß dies ausdrücklich motiviert wurde, die Verwandlung in einen Geldanspruch schlechthin als Folge der Fristversäumnis.[7]

Welche Wirkung hat das Setzen einer zu kurz bemessenen, also nicht angemessenen Frist? Man wird die Aufforderung immer zu verstehen haben, eventuell innerhalb der zur Herstellung nötigen Frist.[8]

Genügt es, Herstellung binnen „angemessener Frist" zu verlangen, ohne die Dauer der Frist zu bestimmen? Dies nimmt Planck S. 24 an; es ist dies auch praktisch.[9]

5. Geldentschädigung ist regelmäßig in einer Kapitalsumme zu leisten, in besonderen Fällen als Rente; dahin gehört die Entschädigung für Überbau, B.G.B. § 913, Notweg, § 917, und bei Körperverletzungen, §§ 843, 845.[10]

---

7) Die Geschichte der Bestimmung gibt Behrend, Deutsche Juristenzeitung 1897 II. Jahrgang Nr. 17. Seine Folgerung aber aus der Vorgeschichte des Gesetzes ist nicht haltbar. — Die Umwandlung des Anspruches auf Herstellung in einen Geldanspruch entspricht dem Prinzipe des B.G.B. Der Beschädigte erklärt in der Fristbestimmung seine Wahl und ist demgemäß selbst daran gebunden, vgl. § 283. Kuhlenbeck jedoch a. a. O. S. 118 erklärt den Schlußsatz des § 250 „der Anspruch des Schuldners auf Wiederherstellung ist ausgeschlossen".

8) [Übereinstimmend: R.G. Bd. 56 S. 234, Jur.Woch. 1904 S. 172, Staudinger Anm. 4. Teilweise abweichend: Planck Anm. 2 b zu § 250, s. jedoch die dort Angeführten. — Über die regelmäßig zu verneinende Frage, ob der Ersatzpflichtige die Kürze der Fristbestimmung überhaupt oder gar unverzüglich rügen oder im Falle der Unterlassung dieser Rüge die gesetzte Frist als für sich wirksam anerkennen muß, vgl. die zutreffenden Ausführungen bei Planck Anm. 2 e zu § 250.] Vgl. § 255 Z.P.O. über die Festsetzung der angemessenen Frist durch Urteil.

9) Vgl. altes H.G.B. Art. 356. Auch hier nahm man an, daß der Berechtigte dem Gegner die Dauer der Frist nicht bestimmen mußte.

10) In betreff der Rente bei Körperverletzung vgl. R.G. 68, 429. Als Rente ist, wenn nicht beide Teile über Abfindung in Kapital einverstanden sind, regelmäßig auch die Entschädigung des Reichshaftpflichtgesetzes bei Körperverletzungen, § 7 dieses Ges. Entschädigung in Rente sieht ferner das preußische Berggesetz vom 24. Juni 1865 bezw. 24. Juni 1892 § 137 vor.

Unter Umständen erfolgt die Vergütung nicht in Geld, sondern in Land. Dies namentlich in Auseinandersetzungsangelegenheiten.[11]

6. Zuweilen besteht das Interesse nur im Anspruch auf Sicherstellung. Wenn z. B. der hierzu Verpflichtete eine Quittung nicht beschafft, welche zur Löschung einer Hypothek erforderlich ist, so kann von ihm Hinterlegung des Betrags der eingetragenen Summe gefordert werden. Sie muß aber auch genügen.[12]

7. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden[13] ist, kann laut § 253 Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen — z. B. nach §§ 847 und 1300 — beansprucht werden. Herstellung, soweit sie tunlich ist, wird hierdurch nicht versagt.

Folgt aus § 253, daß bei einem Vermögensschaden nur pekuniäre Momente in Anschlag zu bringen sind? Das nimmt Cosack Bd. 1 S. 319 an. Er bildet als Beispiel: N. zertrümmert ein kleines Bild, welches meine Braut gemalt und mir als Verlobungsgeschenk gewidmet hat; das Bild ist mir um 1000 *M.* nicht feil. N. brauche gleichwohl nach § 253 dies mein Affektionsinteresse nicht zu ersetzen, sondern nur den Vermögenswert des Bildchens, ich bekäme also nicht 1000 *M.*, sondern vielleicht 50 *M.* Schadensersatz.

Dazu nötigt meines Erachtens das B.G.B. nicht. Der Schaden war Vermögensschaden, seine Höhe hat richterliches Ermessen laut Z.P.O. § 287 zu bestimmen, und zwar so, daß alle Umstände in Betracht zu ziehen sind. Der Richter wird daher jenem Bräutigam zwar nicht 1000 *M.* zuzusprechen haben, wohl aber eine erkleckliche Summe, namentlich wenn die Schädigung böswillig geschah.[14]

8. Niemals kann Ersatz für die Schädigung eines gesetzlich mißbilligten oder gegen die guten Sitten verstoßenden Interesses zuerkannt werden. Daher kann derjenige, der ein Haus zum Zwecke des Bordellbetriebs gemietet hat, von dem aus diesem Grunde vom Vertrage zurücktretenden Vermieter nicht Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch Anschaffung der nunmehr für ihn unverwendbaren Bordelleinrichtung entstanden ist.

---

11) Unten Bd. 3 § 56 Ziff. II 5 der 4. Auflg.
12) Strieth. Arch. Bd. 52 S. 309, Bd. 71 S. 223, Bd. 84 S. 137.
13) Über den Begriff des Vermögensschadens s. O.L.G. Dresden im Sächs. Arch. Bd. 24 S. 527.
14) Anderer Ansicht Planck Anm. 2 zu § 253; teilweise abweichend auch Staudinger Anm. 3 zu § 253, dort auch Literatur. Anders auch l. 33 D. ad legem Aquiliam 9, 2. Doch glichen dies die Strafzusätze der lex Aquilia und die freie Bemessung im Falle des juramentum in litem aus.

§ 34. Gegenansprüche des Ersatzpflichtigen.

I. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.

Hiernach nahmen die Römer unter anderem an, daß der Mieter oder Entleiher einer Sache, welcher diese infolge seines Verschuldens nicht zurückgeben konnte und Schadensersatz für sie zu leisten hatte, die Abtretung der Ansprüche des Eigentümers beanspruchen kann, wenn die Sache bei einem Dritten auftauchte.[1] Ähnlich wurde in verwandten Fällen entschieden.

II. Dem entspricht die allgemeine Bestimmung des B.G.B. § 255.[2] Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechts Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze *nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund seines Eigentums an der Sache oder auf Grund eines Rechts gegen Dritte zustehen.*

a) Es macht keinen Unterschied, ob Ersatz auf Grund eines dinglichen — vgl. §§ 989, 990 — oder eines persönlichen Anspruchs gefordert wird.

b) Der Anspruch, dessen Abtretung beansprucht werden darf, kann ein dinglicher sein, z. B. die ordentliche Eigentumsklage, nicht minder ein persönlicher, insbesondere wegen einer unerlaubten Handlung. Hat also ein Dritter die in der Verwahrung des N. befindliche Sache des A. zerstört, und fällt dem N. mangelhafte Obhut zur Last, so hat N. zwar dem A. nach § 280 Schadensersatz zu leisten, aber nach § 255 nur gegen Abtretung des Forderungsrechts, welches dem A. gegen den unerlaubt Handelnden zusteht.

c) Die Ansprüche des Ersatzberechtigten gehen nicht, wie der erste Entwurf § 223 wollte, kraft Gesetzes über. Es bedarf vielmehr der *Abtretung*, so daß sie besonders beansprucht und entweder bewilligt oder rechtskräftig durch Urteil zugesprochen sein muß.

Die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe ersetzt bei beweglichen Sachen deren Übergabe und bewirkt daher deren Eigentumsübergang, § 931.[3]

d) Geschah der Schadensersatz, ohne daß die Abtretung beansprucht war, so kann sie zweifelsohne nachträglich gefordert werden.

---

1) Vangerow § 574 Anm. 4 Ziff. 4, l. 25 in fine D. locati 19, 2 und andere angeführte Stellen.

2) Vgl. dazu Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch 1901 S. 274. Brückmann im Arch. f. bürg. Recht Bd. 23 S. 359. E. I § 223; Mot. Bd. 2 S. 24; Kom.Prot. Bd. 1 S. 301, Bd. 6 S. 151.

3) Siehe unten Bd. 3 § 101 I, 3 der 4. Auflg.

e) Bei den Bestimmungen des § 255 ist zunächst an den Sacheigentümer gedacht. Entsprechendes gilt für den Besitzer, den Nießbraucher.

f) Das Gesetz betrifft auch Fälle, in welchen voller Ersatz für eine Forderung geleistet wurde, weil sie durch Schuld des Schädigers wertlos wurde, ohne daß sie jedoch rechtlich zugrunde ging. Hat z. B. ein Bevollmächtigter schuldhafterweise versäumt, eine Forderung geltend zu machen, und wird diese infolgedessen wegen Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht beitreibbar, so kann gegen Ersatz ihres Betrags Abtretung der Forderung beansprucht werden.[4]

g) Wurde Entschädigung für den Verlust einer Sache geleistet, die sich nachher bei dem Entschädigten wiederfindet oder wieder in dessen Hände kommt, so ist § 255 entsprechend anzuwenden, z. B. der Mieter mußte den Vermieter entschädigen, weil er die gemietete Sache nicht zurückgab, später erhält sie der Vermieter von dritter Seite unentgeltlich zurück. Dann hat der Vermieter entweder dem Mieter die Sache zu überlassen oder die Entschädigung, die er erlangte, zurückzugewähren.

h) Ist für eine beschädigte Sache vollständiger Wertersatz zu leisten, weil sie für den Beschädigten keinen Wert mehr hat, B.G.B. § 251, so kann der Ersatzpflichtige entsprechend § 255 Übereignung der beschädigten Sache beanspruchen.

§ 35. Ersatz wegen Aufwendungen.

I. In einer großen Zahl von Fällen hat man Ersatzansprüche wegen *Aufwendungen*, welche man auf einen fremden Gegenstand oder doch in fremdem Interesse machte.[1]

Hinsichtlich des Umfangs derartiger Ansprüche gibt B.G.B. § 256 bis 258 Regeln, die allgemein anzuwenden sind, sofern nicht besondere Rechtsgrundsätze oder Parteivereinbarungen Abweichendes bestimmen.

II. Daß der zu ersetzende Betrag der Aufwendungen zu *verzinsen* sei, war in den Entwürfen für einzelne Verhältnisse vorgeschrieben.[2]

---

4) Vgl. R.O.H.G. Bd. 14 S. 400. — R.G. Bd. 9 S. 288. — R.G. vom 29. Dezember 1905 Jur.Woch. 1906 S. 109.

1) In gewissen Fällen ist ein Anspruch auf Aufwendungen ausgeschlossen, namentlich kann ein Mäkler in Ermangelung besonderer Vereinbarung Aufwendungen nicht erstattet verlangen, § 652 Abs. 2 B.G.B., vgl. die entsprechende Vorschrift für Handlungsagenten im H.G.B. § 90. „Aufwendung" umfaßt die „*Verwendung*".

2) So auch im römischen Rechte, vgl. l. 18 C. neg. gest. 2, 18, l. 9 C. de rem. pign. 8, 25, l. 67 § 2 D. pro socii 17, 2.

Auf Veranlassung der Regierungskommissare[3] wurde aber in der Reichstagskommission eine grundsätzliche Regelung beschlossen. Hieraus erwuchs B.G.B. § 256 über „Verwendungszinsen".

a) Der Ersatzpflichtige hat den aufgewendeten oder wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet sind, den hierfür zu entrichtenden Geldbetrag in der Regel von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen, denn nur hierdurch erhält der Aufwendende vollen Ersatz.

b) Für die Zeit jedoch, für welche dem Aufwendenden Nutzungen der Sache, in welche die Aufwendung geschah, ohne Vergütung verbleiben, kann er Zinsen nicht beanspruchen. Insbesondere hat der Nießbraucher wegen der Aufwendungen, zu denen er nicht verpflichtet war, zwar Ersatzansprüche, § 1049; da ihm aber die Nutzungen der Nießbrauchsache während der Dauer des Nießbrauchs verbleiben, so hat er während dieser Zeit keine Ansprüche auf Verzinsung.

c) In den Fällen, in welchen nur der Betrag zu ersetzen ist, um welchen der Wert eines Gegenstandes durch Aufwendungen erhöht wurde — §§ 500, 996, 2381 Abs. 2 — sind Zinsen innerhalb der Grenzen seiner Werterhöhung zu entrichten.

III. Bestand die Aufwendung in der Übernahme einer Verbindlichkeit, so kann der Ersatzberechtigte Befreiung von der Schuld verlangen. Dies ergibt schon § 249, bestimmt aber noch besonders § 257 Satz 1.

Ist die übernommene Verbindlichkeit noch nicht fällig, so besteht zwar der gleiche Anspruch. Aber der Ersatzverpflichtete kann dem Berechtigten, statt ihn sofort zu befreien, Sicherheit leisten, § 257 Satz 2.

IV. Nach dem Vorbilde des A.L.R. gibt das B.G.B. in zahlreichen Fällen, in denen eine Sache auf Grund eines obligatorischen oder dinglichen Rechts herauszugeben ist, dem Verpflichteten die Befugnis zur Wegnahme von Einrichtungen[4], die er mit der Sache verbunden hat; dies z. B. dem Mieter, § 547 Abs. 2, dem Pächter, § 851 Abs. 2, dem Wiederverkäufer, § 500, dem Entleiher, § 601 Abs. 2, dem Nießbraucher, § 1049 Abs. 2, dem Pfandgläubiger, § 1216 Satz 2, dem Vorerben, § 2125 Abs. 2, dem Besitzer, § 997. In allen diesen Fällen hat aber der Berech-

---

3) Die Anregung hierzu gab aber zweifelsohne Petrazycki, Einkommen Bd. 2 S. 169.

4) Über den Begriff „Einrichtungen" vgl. Klein in Jur.Woch. 1902 S. 646.

tigte, der von seinem Wegnahmerecht Gebrauch machen will, die Sache auf seine Kosten in den früheren Zustand zu setzen. Ist dies nicht möglich, so entfällt der Wegnahmeanspruch. Der Anspruch auf Wegnahme kann auch noch nach der Herausgabe der Sache im Wege der Klage geltend gemacht werden. Jeder, dem durch die Wegnahme Schaden droht, kann Sicherheit in Gemäßheit der allgemeinen Bestimmungen der §§ 232 ff. verlangen.

§ 36. Die Buße.[1]

I. Besonders unerwünscht ist, wenn durch eine mit öffentlicher Strafe belegte Tat Schaden angerichtet ist, die Ersatzforderung aber an der Unmöglichkeit, die Höhe des Schadens darzutun und an der Schwierigkeit, der Weitläufigkeit und den Kosten des Zivilprozesses scheitern muß.

Dies kann sich zu einem sozialen Schaden gestalten. Ihm begegneten in Rom zum Teil die Privatstrafklagen, namentlich die actio injuriarum aestimatoria. Zwar war deren Ziel Strafe, da aber die Strafsumme dem Beschädigten anheimfiel, gaben sie zugleich Ersatz für nicht genau meßbare Schäden.

Im neueren Rechte fielen die Privatstrafklagen weg. Dagegen führte das Reichsrecht das Institut der Buße ein.

II. Jedoch glaubte man dem Strafrichter hierbei nicht unbeschränkte Ermächtigung geben zu dürfen. Daher wurden die Fälle genau bestimmt und ein Höchstmaß der Buße festgestellt.

a) Das Strafgesetzbuch §§ 186, 187, 188, 231 gewährt Buße in gewissen Fällen der römischen Injurie, nämlich bei ehrenrühriger Nachrede und Verleumdung, wenn sie geeignet sind, Vermögen, Erwerb, Fortkommen des Verletzten zu schädigen, sowie bei Körperverletzungen, wobei nicht bloß Vermögensnachteile, sondern auch körperliche und psychische Schäden zu beachten sind.[2] Das Höchstmaß dieser Bußen bilden 6000 Mark.

b) Ferner sehen Buße vor die Urheberrechtsgesetze[3] mit Höchstbetrag von 6000 Mark und eine Anzahl der der Industrie und dem Handel dienenden Gesetze, nämlich Patentgesetz, Gebrauchsmuster-, Warenbezeich-

1) Vgl. Liszt, Deutsches Strafrecht 16./17. Auflage § 67 und dort Angef.
2) R.G. in Strafsachen Bd. 15 S. 352; Jur.Woch. 1887 S. 260 n. 12.
3) Gesetz vom 19. Juni 1901 § 40, vom 9. Januar 1907 § 35.

nungsgesetz, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, alle mit Höchstmaß von 10 000 Mark.[4]

III Die Streitfrage, ob die Buße Strafe bildet oder Entschädigung oder beides zusammen,[5] ist erledigt.

Die Buße bildet Entschädigung des Verletzten.[6] Natürlich erhält der Entschädigungsanspruch aber eine besondere Gestalt dadurch, daß die Buße im Strafverfahren zu beantragen und im Strafurteil zuzusprechen ist, vgl. St.P.O. §§ 444 ff.

Auch hängt dem Bußeanspruch von der Strafe an, daß er höchstpersönlich ist.

§ 37. Der Anspruch auf Buße im einzelnen.

1. Die Buße soll dem Verletzten Entschädigung gewähren, aber in anderer Form und unter anderen Bedingungen als im Zivilprozesse.

2. Der zivilrechtliche Anspruch auf Schadensersatz und der auf Buße konkurrieren. Ist die Buße zuerkannt, so ist weitere Entschädigung im Zivilprozeß ausgeschlossen.[1] Im Zivilprozeß erlangte Entschädigung macht Buße nicht unmöglich, ist aber auf sie anzurechnen.[2] Rechtshängigkeit des Schadensersatzanspruchs hindert die Geltendmachung der Buße nicht.[3]

3. Der Verletzte muß einen Antrag auf Buße und zwar in bestimmter Höhe stellen. Ist öffentliche Klage behufs Bestrafung erhoben, so muß er sich als Nebenkläger anschließen, um die Buße geltend

---

4) Patentgesetz vom 7. April 1891 § 36, Gebrauchsmusterschutz vom 1. Juni 1891 § 11, Warenzeichengesetz vom 12. Mai 1894 § 18, Wettbewerbgesetz vom 27. Mai 1896 § 14.

5) So. Wächter, Die Buße 1874.

6) Dochow, Buße 1875; R.G. in Strafs. Bd. 12 S. 223, Bd. 15 S. 355; Jur.Woch. 1887 S. 260 n. 12, 1894 S. 44 n. 16. — Die neben der Buße vorkommende Befugnis zur Publikation des Urteils ist aber Strafe. R.G. in Strafs. Bd. 6 S. 180, Bd. 14 S. 3; Jur.Woch. 1889 S. 264 n. 8.

1) Strafgesetzbuch § 188 Abs. 2, § 231 Abs. 2.

2) Jur.Woch. 1883 S. 218 n. 23. Durch § 95 Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884, in neuer Fassung § 135 des Ges. vom 5. Juli 1900 ist Verurteilung des der fahrlässigen Körperverletzung für schuldig erachteten Angeklagten zur Zahlung einer Buße ausgeschlossen, Jur.Woch. 1894 S. 44 n. 17. — Es darf durch den Antrag auf Herbeischaffung der Unfallversicherungsakten das spruchreife Verfahren gegen den Angeklagten nicht verzögert werden Jur.Woch. 1890 S. 399 n. 15. — Über die Bedeutung des § 116 Unfallversicherungsgesetz vom 5. Mai 1886 gegenüber dem Anspruch auf Buße siehe Jur.Woch. 1893 S. 286 n. 7.

3) Jur.Woch. 1895 S. 288 n. 10. Durch Geltendmachung der Buße wird die Verjährung des zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs nicht unterbrochen. Jur.Woch. 1886 S. 233 n. 30.

zu machen, St.P.O. § 443 Abs. 2. Der Antrag auf Buße kann schriftlich gestellt werden,[4] entweder verbunden mit der Anschlußerklärung oder selbständig. Ein bei der Staatsanwaltschaft gestellter Antrag, sollte er auch an das Gericht gelangen, ist nicht ausreichend.[5]

Betreiben muß der Beschädigte den gestellten Antrag nicht. Es bedarf auch keiner Wiederholung in der Hauptverhandlung. Vielmehr ist der Antrag in der Hauptverhandlung zu verlesen. Nichtbeachtung des Antrags ist Revisionsgrund.[6]

Der Antrag steht bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz offen, St.P.O. § 444 Abs. 1. Ist die Verhandlung in die erste Instanz zurückverwiesen, so wird er wieder zulässig.[7]

4. Der Anspruch auf Buße als Privatrecht unterliegt dem Verzichte des Beschädigten schlechthin.

Die Zurücknahme des Antrags steht bis zur Verkündigung des Urteils erster Instanz frei. Einmal zurückgenommen, kann er nicht erneuert werden, St.P.O. § 444 Abs. 2.

5. Innerhalb des gesetzlichen Höchstbetrags der Buße und der Höhe des gestellten Antrags hat der Richter freiestes Ermessen bei Feststellung des Betrags der Buße. Er hat auf Buße zu erkennen, auch wenn der Verletzte einen zivilrechtlich zu begründenden Entschädigungsanspruch nicht darlegen kann;[8] insbesondere ist der Anspruch auf Buße nicht davon abhängig, daß die Höhe des Schadens zuverlässig festgestellt werden kann.[9] Daß der zivilrechtliche Anspruch unzulässig oder beschränkt ist, steht der Regel nach der Geltendmachung der Buße nicht entgegen.[10]

Das vom Täter oder auf seine Veranlassung Geleistete ist auf die Buße anzurechnen,[11] nicht aber, was der Verletzte von anderer Seite erhält.

6. Zur Verweisung des Anspruchs auf den Weg des Zivilprozesses ist in der Regel der Richter nicht befugt.[12] Insbesondere wird diese durch die Schwierigkeit, den Schaden richtig zu bemessen, nicht begründet.[13]

---

4) R.G. in Strafs. vom 18. Dezember 1885 Bd. 13 S. 186.
5) R.G. in Strafs. vom 7. November 1890 Bd. 21 S. 156.
6) Jur.Woch. 1886 S. 107 n. 18.
7) R.G. Entsch. Bd. 15 S. 439.
8) Jur.Woch. 1888 S. 229 n. 13.
9) Jur.Woch. 1882 S. 244 n. 10.
10) Jur.Woch. 1880 S. 35 n. 20 und S. 6 n. 8. — Vgl. oben Anm. 2.
11) Vgl. R.G. St. Bd. 9 S. 223. — Jur.Woch. 1883 S. 218 n. 23.
12) Jur.Woch. 1888 S. 154 n. 8.
13) Genügt es zur Zurückweisung, daß weder vom Verletzten Unterlagen beigebracht, noch in der Hauptverhandlung hervorgetreten sind? Jur.Woch. 1890 S. 399 n. 15. Schwerlich. Der Richter hat sie zu erkunden und zu finden.

Unter besonderen Umständen kann aber die Rücksicht auf das Verteidigungsrecht des Angeklagten zur Versagung der Buße führen.[14]

Durch den Antrag auf Buße darf auch die Entscheidung in der sonst spruchreifen Sache nicht verzögert werden.[15]

7. Mehrere, die bei der Schädigung beteiligt sind, sind als Gesamtschuldner zu verurteilen, und zwar insgesamt nicht über den gesetzlichen Höchstbetrag.[16]

Haben aber mehrere Angeklagte selbständige, nur zeitlich sich aneinanderschließende Vergehen begangen, so ist jedem von ihnen eine besondere Buße aufzuerlegen. Dann haften sie nicht als Gesamtschuldner.[17]

8. Auf Buße kann nur neben der Strafe erkannt werden. Stirbt daher der Angeklagte vor dem Urteile, wird er von Strafe freigesprochen, das Strafverfahren eingestellt oder ohne Urteil erledigt, so erledigt sich auch der Anspruch auf Buße. Die Begnadigung ist aber auf die zuerkannte Buße ohne Einfluß.

9. Der Anspruch auf die Buße wird als höchstpersönlicher behandelt, er ist daher aktiv wie passiv unvererblich bis zur rechtskräftigen Zuerkennung, wie die römische actio injuriarum.

Abtretung in dem Sinne, daß der Zessionar anstatt des Beschädigten den Antrag stellen und das Verfahren fortsetzen soll, ist unstatthaft.[18] Die zuerkannte Buße ist vererblich und abtretbar. Zahlung durch Dritte ist statthaft.

Siebentes Kapitel.

Der Anspruch auf Auskunft.[1]

§ 38. Der Anspruch auf Auskunft im allgemeinen.

I. Der Zivilprozeß ist ein Kampf. Der Kläger vor allem, welcher den Angriff führt, muß mit eigenen Waffen hervortreten und sich die Beweise für seine Ansprüche selbst verschaffen. Es ist nicht Sache des

---

14) Jur.Woch. 1892 S. 353 n. 21; R.G. in Straff. Bd. 17 S. 191, Bd. 13 S. 186. Anderer Ansicht bezüglich § 36 Patentgesetz Jur.Woch. 1886 S. 233 n. 30.

15) Jur.Woch. 1890 S. 399 n. 15.

16) Jur.Woch. 1893 S. 11 n. 5, 1892 S. 420 n. 5, vgl. auch 1882 S. 240 n. 41 und R.G. in Strafsachen vom 31. Januar 1905 Bd. 37 S. 400. — § 40 des Ges. vom 19. Juni 1901.

17) Jur.Woch. 1895 S. 115 n. 11.

18) Reichsanzeiger Beilageheft 1896 S. 228.

1) Vgl. Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 13 S. 251, Treitel im Archiv für bürg. Recht Bd. 14 S. 1. Isay, Geschäftsführung 1900 S. 128 ff.

Beklagten, seinerseits das Material zu liefern, welches seine Verurteilung herbeiführt. Entsprechendes gilt für die Einwendungen des Beklagten.[2]

Es gibt aber Fälle, in welchen man ein Recht auf Auskunft gegenüber einem Verpflichteten hat, womit die Rechtsverfolgung in hohem Maße erleichtert, oft erst ermöglicht wird.

Dies vor allem, wenn der Verpflichtete fremdes Vermögen, sei es infolge eines Vertragsverhältnisses, sei es auch ohne ein solches, verwaltet hat.

Auch hiervon abgesehen ist das Recht geneigt, einen Anspruch auf Auskunft bei Rechtsverhältnissen zu gewähren, deren Wesen es mit sich bringt, daß der Berechtigte entschuldbarerweise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskunft zu geben.

II. Die Verpflichtung zur Auskunft hat bald einen weiteren, bald einen beschränkteren Inhalt.

1. Die allgemeinste Pflicht ist, Rechenschaft abzulegen. In welcher Form dies zu geschehen hat, ergibt die besondere Sachlage.

Sie hat mittels Rechnungslegung zu erfolgen, wenn es sich um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung handelt, § 259 Abs. 1.[3]

2. Die Verpflichtung zur Auskunft kann sich auf Vorlegung eines Verzeichnisses einer Mehrheit von Sachen beschränken, § 260.

3. Dem Anspruch auf Auskunft verwandt ist der Anspruch auf Vorlegung von Sachen zur Besichtigung oder auf Verstattung der Besichtigung, §§ 809 ff.

III. Das Recht auf Auskunft soll der Verwirklichung einer dinglichen oder persönlichen Berechtigung dienen.

---

2) Eine Eideszuschiebung lediglich in der Absicht, etwaige Tatsachen zu ermitteln, ist unzulässig. Solches kommt vor in Schwängerungsprozessen zum Zwecke des Versuchs einer Begründung der exceptio plurium § 1717 B.G.B. Jur.Woch. 1897 S. 234 n. 22; 1894 S. 140 n. 10. Hess. Rechtsspr. Bd. 2 S. 99; Bad. Rechtspraxis 1901 S. 272; ebenso neuerdings: R.G. vom 18. Juni 1906 Jur.Woch. 1906 S. 475. Dagegen hat das O.L.G. Hamburg vom 30. Januar 1904 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 330, erkannt, daß der Verlobte, welcher sich des Schadensersatzes aus § 1300 um deswillen weigert, weil die Verlobte nicht unbescholten war, ihr ganz allgemein ohne nähere Substantiierung den Eid darüber zuschieben dürfe, „daß sie sich schon früher einem anderen Manne preisgegeben habe". Ein unerfreuliches Erkenntnis.

3) Ähnlich das R.G. Jur.Woch. 1897 S. 355 n. 45 schon für das preußische Recht; vgl. freilich Treitel a. a. O. S. 7.

Wir können es als Hilfsrecht bezeichnen. Es steht neben dem Hauptrecht in ähnlicher Weise wie auf dem Gebiete des Sachenrechts das Zubehör neben der Hauptsache, § 97.

Das Hilfsrecht der Auskunft ist an das Bestehen des Hauptanspruchs gebunden. Es verjährt daher mit der Verjährung des Hauptanspruchs. Mit dem Hauptanspruch ist es abtretbar. Selbständige Abtretung des Hilfsrechts ist unzulässig.

IV. Die Pflicht zur Auskunft reicht nur so weit, als der Verpflichtete imstande und in der Lage ist, Auskunft zu erteilen.[4] Hieraus ergibt sich auch, inwieweit sie auf Erben des Verpflichteten übergeht.

§ 39. Die Verpflichtung zur Rechenschaft und Rechnungslegung.

I. In welchen Fällen ein Anspruch auf Rechenschaft und insbesondere auf Rechnungslegung erwächst, war bisher in mehrerer Beziehung streitig. Es ist nicht zu erwarten, daß der Streit unter der Herrschaft des B.G.B. völlig erlöschen wird, da dieses zwar einzelne Fälle einer Rechenschaftspflicht hervorhebt, eine grundsätzliche Regelung aber nicht trifft.[1] Die einen werden sich daher auf den streng individualistischen Standpunkt stellen und den Anspruch nur anerkennen, soweit er besonders gesetzlich festgestellt ist, andere werden das allgemeine Interesse an der Verwirklichung gefährdeter Rechte mehr betonen und eine entsprechende Anwendung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen auf gleichartige Fälle verteidigen.[2]

1. Der Anspruch auf Rechenschaft ist im B.G.B. anerkannt gegenüber dem „Beauftragten", § 666, ferner für den Fall einer Geschäftsbesorgung infolge eines Dienst- oder Werkvertrags, § 675, nicht minder gegenüber dem Testamentsvollstrecker, § 2218. Hieraus ist der Grundsatz zu gewinnen, daß Rechenschaft zu geben hat, wer infolge eines Rechtsgeschäfts fremdes Vermögen verwaltet hat.[3] [4]

---

4) R.G. Bd. 14 S. 538.

1) Motive Bd. 2 S. 538.

2) [Das Gesetz gibt in folgenden Fällen ein solches Recht: §§ 27, 86, 666, 681, 713, 740, 1214, 1421, 1546, 1550, 1681, 1686, 1890, 1959, 1978, 2130, 2218 B.G.B. § 154 Zw.V.G. Sicher hat einen Anspruch auf Auskunft, wer von dem anderen Teil einen Bruchteil des Reingewinns zu fordern hat, a. M. O.L.G. Hamburg in Rechtsprech. d. O.L.G. 2, 18 und Jur.Woch. 1887 S. 290.]

3) Über Rechnungslegung des Kommissionärs vgl. Gruchot Bd. 30 S. 436. Ein Prokurist hat Rechnung zu legen, es sei denn, daß er die Geschäfte unter ständiger Kontrolle des Geschäftsherrn vorgenommen hat, Bolze Bd. 15 S. 102 n. 152. — Der Verkäufer eines Geschäfts aber, der vom Käufer noch bestimmte Zeit hindurch 20% des Reingewinns beanspruchen kann, hat kein Recht auf Rechnungslegung. O.L.G. Hamburg vom 6. November 1900, Rechtsprechung d. O.L.G. Bd. 2 S. 18; R.O.H.G. Bd. 1 S. 195, Bd. 17 S. 275. —

2. Rechenschaft zu geben hat ferner nach B.G.B. der unbeauftragte Geschäftsführer, § 681 S. 2, der Vormund und Pfleger, §§ 1840, 1841, 1890, 1897 und 1915, der Vorstand eines Vereins, § 27 Abs. 3, vgl. § 48, und einer Stiftung, § 86, der Ehemann, §§ 1421 und 1546, der Vater und die Mutter, §§ 1667, 1681, 1686.

3. Die Rechenschaftspflicht wird mehrfach in Fällen anerkannt, in welchen man infolge Rechtsgeschäfts in eigenem und in fremdem Interesse Geschäfte führt, so bezüglich des geschäftsführenden Gesellschafters, §§ 713, 740, vgl. auch H.G.B. §§ 105 Abs. 2 und 114, ferner des Pfandgläubigers, welcher berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen, § 1214 Abs. 1, auch bezüglich des Vorerben gegenüber dem Nacherben nach dem Antritte der Nacherbfolge, § 2130 Abs. 2, sowie des Erben gegenüber Nachlaßgläubigern in den Fällen der §§ 1978, 1990—1992.[5]

Außerdem sind der Zwangsverwalter nach Z.V.G. § 154, der Handlungsgehilfe im Sinne des H.G.B. § 61, der Vorstand einer Aktiengesellschaft, der Kommissionär, Korrespondentreeder und Schiffer nach H.G.B. §§ 260, 384, 499, 534 und unter Umständen der Verleger nach Reichsgesetz vom 19. Juni 1901, § 24, zur Rechnungslegung verpflichtet.

Auch dies wird man in verwandten Fällen entsprechend anwenden können.[6]

Der Darlehnsgeber, der zahlreiche kleine Darlehne dem Schuldner gegeben und einzelne zurückerhalten hat, kann Rechnungslegung nicht verlangen. O.L.G. Hamburg vom 12. Oktober 1900 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 1 S. 460. — Vgl. O.L.G. Hamm vom 19. März 1901 das. Bd. 2 S. 265. — Derjenige, welchem auf Grund des Warenzeichengesetzes § 15 ein Anspruch auf Entschädigung zusteht, kann deshalb einen Anspruch auf Rechnungslegung über den Gewinn, den der Täter durch Vertrieb der Waren mit unerlaubter Bezeichnung gemacht hat, nicht geltend machen. R.G. vom 30. November 1900 Seufferts Arch. Bd. 57 S. 30 n. 17.

4) Aus zutreffenden allgemeinen Erwägungen wurde der Anspruch des Kommittenten, der wegen des Kommissionsgutes und wegen etwa ausstehender Forderungen Aussonderungsansprüche erheben wollte, sowohl gegen den in Konkurs geratenen Kommissionär wie auch zugleich gegen den Konkursverwalter für zulässig erachtet. Kammerg. vom 5. Dezember 1900, Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 33. — Dagegen kann der Konkursverwalter, der die von dem Gemeinschuldner bewirkte Abtretung von Geschäftsforderungen angefochten, sowie ein Urteil auf Rückgewähr der noch bestehenden Forderungen und auf Herauszahlung der bereits eingezogenen Beträge erwirkt hat, nicht Rechnungslegung von dem Zessionar verlangen, da sich dessen Tätigkeit nicht als eine Verwaltung der Forderungen ansprechen läßt. O.L.G. Hamm vom 19. März 1901 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 265.

5) Dem Freikuxberechtigten steht ein Anspruch auf Rechnungslegung gegen den Bergwerksbesitzer zu, R.G. Bd. 30 S. 296.

6) [Nach O.L.G. Dresden Recht 1902 S. 148 kann z. B. Rechnungslegung von demjenigen verlangt werden, der — wenn auch nur auf Grund jedesmaligen besonderen Auftrags — eine erhebliche Anzahl fremder mit Geldeinnahmen verbundener Geschäfte geführt hat.]

Anders aber bei tantiemeberechtigten — partiarischen — Angestellten, da die Pflicht zur Rechnungslegung ihrer Dienststellung und den Auffassungen des Verkehrs nicht entsprechen würde.[7]

4. Was die Geschäftsführung infolge einer Gemeinschaft anlangt, so war nach preußischem Recht streitig, einerseits, ob eine Verpflichtung zur Rechenschaft nur dann stattfinde, wenn der geschäftsführende Teilhaber auf Grund des Auftrags eines Genossen oder als sein unbeauftragter Geschäftsführer verwaltete oder andererseits, ob diese Verpflichtung ohne weiteres aus der Verwaltung der Gemeinschaft entspringe.[8] Das Reichsgericht nahm das letztere an, weil man auch in diesem Falle hinsichtlich der Anteile der übrigen Teilhaber fremde Geschäfte besorge. Man wird hieran festzuhalten haben.

5. Das Obertribunal bejahte die Streitfrage des preußischen Rechts, ob der unredliche Besitzer einer fremden Sache gegenüber dem Eigentümer wegen der gezogenen Nutzungen zur Rechnungslegung verpflichtet sei.[9]

Die Frage ist auch nach B.G.B. zu bejahen. Denn nach § 687 Abs. 2 kann, falls jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist, der Herr des Geschäfts gegen ihn Ansprüche geltend machen, wie wenn er als Beauftragter gehandelt hätte, § 681 S. 2. Hierzu gehört der Anspruch auf Rechenschaft.

Diese Vorschrift paßt auf das Verhältnis des Eigentümers zum unredlichen Besitzer einer Sache.

II. Bezüglich der Gestaltung des Rechts auf Rechnungslegung ist hervorzuheben:[10]

1. In der Regel wird der Rechnungsherr auf einen Abschluß zu seinen Gunsten zählen und die Herausgabe des ihm zukommenden Saldos

---

7) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 220.

8) Dagegen namentlich Westerburg bei Gruchot Bd. 20 S. 199 ff. und Rocholl a. a. O. S. 232. Dafür Dernburg, Pr. Pr.R. Bd. 2 § 216, R.G. Bd. 18 S. 283; Bolze Bd. 5 S. 237 n. 731.

9) Plenarbeschluß des O.Trib. Bd. 49 S. 21. Dagegen Rocholl, Rechtsfälle S. 222, 228 ff.

10) Der Wert des Streitgegenstandes der auf Rechnungslegung gerichteten Klage bestimmt sich nach dem vom Richter frei zu schätzenden Interesse des Klägers an der Rechnungslegung und fällt keineswegs zusammen mit dem Betrage, der sich nach der Rechnungslegung für den Kläger ergibt. O.L.G. Darmstadt Hess. Rechtspr. Jahrg. 2 S. 131; O.L.G. Dresden Sächs.Arch. Bd. 11 S. 764. O.L.G. Kiel Rechtsspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 372, vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 49 S. 110. — Vgl. Jur.Wochenschr. 1889 S. 283, 1895 S. 4.

betreiben. Notwendige Voraussetzung des Anspruchs auf Rechnungslegung ist dies nicht. Auch wer weiß und zugibt, daß der andere Teil im Vorschuß ist — z. B. ein Gesellschafter — kann seinerseits Rechnungslegung fordern, um eine Abwickelung des unklaren Verhältnisses vorzubereiten.

2. Die Rechnungslegung ist ein Recht des Rechnungsherrn.[11] Will er, ohne solche abzuwarten, Ansprüche, von denen er Kenntnis hat, einklagen, so kann der andere Teil keine Zurückweisung der so angebrachten Klage fordern.[12] Es steht ihm aber frei, unter Vorlegung einer Rechnung, abgesehen von der Bestreitung der Klageansprüche, seine Gegenansprüche mittels Aufrechnung oder widerklagend vorzubringen, so daß der Prozeß in einen Rechnungsprozeß übergeht.[13]

3. Ob Beklagter zur Rechnungslegung verpflichtet ist, ist Vorfrage. Es kann streitig sein, ob überhaupt, für welche Zeit und für welche Verhältnisse Rechnung zu stellen ist. Dann ist das zur Rechnungslegung verpflichtende Rechtsverhältnis darzutun; ob etwas aus ihm geschuldet ist, kommt zunächst nicht in Betracht. Dies soll erst infolge der Rechnungslegung ermittelt werden. Die Verhandlung über die Verpflichtung zur Rechnungslegung geschieht im Wege des gewöhnlichen Prozesses, bei der Verurteilung ist eine Frist zur Abgabe der Rechnung zu bestimmen.[14]

4. Der Rechnungsleger hat in der Rechnung über die Einnahmen, welche er für Rechnung des andern Teils machte und welche diesem zugute kommen, möglichst genaue Angaben zu machen.[15] Was

---

11) Klage des Rechnungverpflichteten auf Abnahme der Rechnung ist unzulässig — R.G. im Pr. Justizministerialblatt 1883 S. 234 —, wenn sie nicht durch besondere Gründe aus dem unterliegenden Verhältnisse gestützt werden kann.

12) O.Trib. Bd. 13 S. 210; R.O.H.G. Bd. 12 S. 366 ff.; R.G. bei Gruchot Bd. 24 S. 445; ferner Gruchot Bd. 32 S. 988.

13) [Diese Ansicht D.s kann nur für die seltenen Fälle gebilligt werden, in welchen sich jene Ansprüche ohne Gefahr loslösen lassen.]

14) Nach § 24 Z.P.O. kann die Klage auf Rechnungslegung mit der Leistungsklage verbunden werden. Selbstverständlich darf nicht gleichzeitig über beide Ansprüche verhandelt werden, da für den Leistungsanspruch zunächst die Grundlage fehlt. Vielmehr ist die Verhandlung vorerst auf die Rechnungslegung zu beschränken, und darüber durch Teilurteil zu entscheiden. R.G. 58 S. 57 ff. O.L.G. Kiel vom 28. Februar 1906 Seuff.Arch. Bd. 61 S. 293. Vgl. Friedrichs in Jur.Woch. 1901 S. 788. [Wie es zu halten ist, wenn der Beklagte erst in der Berufungsinstanz zur Rechnungslegung verurteilt wird, s. R.G. vom 5. Dezember 1904 Jur.Woch. 1905 S. 84 und Seuffert, Komment. zur Z.P.O. zu § 254 (10. Aufl.).]

15) Eine bestimmte Form der Rechnung ist nicht vorgeschrieben. Sie muß geordnet sein und so geschehen, daß der Abnehmer sie verstehen und seine Einwendungen machen und daß der Richter das Sachverhältnis beurteilen kann. R.O.H.G. Bd. 19 S. 344. Vgl. O.L.G. Marienwerder Seuff.

seine Auslagen anlangt, so nimmt er sie in seinem eigenen Interesse auf, um darauf Abzüge oder Widerklagen zu gründen. Jedoch kann der Geschäftsherr verlangen, daß auch in dieser Hinsicht alles, was der Rechnungssteller überhaupt geltend machen will, in die Rechnung aufgenommen wird, und er kann durch Feststellungsklage Lossprechung von allen aus dem fraglichen Verhältnis entspringenden Ansprüchen des Rechnungsstellers fordern, da er ein Interesse an der Abwickelung der Angelegenheit hat.[16] [17]

5. Belege sind vorzubringen, soweit dies verkehrsüblich und im Interesse des Rechnungsnehmers ist, § 259. Das letztere ist in der Regel bei Ausgabeposten nicht der Fall, da diese vom Richter nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie beweislos bleiben.[18] [19]

6. Der Verpflichtete kann zur Vorlegung der Rechnung verurteilt werden, wenn sie völlig unterblieb, und zur Vervollständigung, wenn sie unvollständig war. Das Urteil ist gemäß Z.P.O. § 888 erzwingbar.[20] Kommt ihm der Verurteilte nicht nach, so kann er auch gemäß B.G.B. § 283 zum Ersatz des Schadens angehalten werden. Zu ersetzen sind dann namentlich auch die Mehrkosten, welche dem Geschäftsherrn infolge der Nichtvorlegung oder Unvollständigkeit der Rechnung in dem Verfahren über Herausgabe des zu Erstattenden erwachsen.[21]

7. Auf Verlangen der Rechnungsherrn hat der Rechnungsleger, der ordnungsmäßig Rechnung gelegt hat, den Offenbarungseid

---

Arch. Bd. 60 S. 347, sowie Bayr. Obst. L.G. vom 9. März 1906 in der Samml. d. Entsch. Bd. 7 S. 146. Vorlegung der Bücher kann die Rechnung ersetzen. Auch dies hängt von der Sachlage ab, R.G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1038.

16) Anders Bähr in der angeführten Abhandlung, S. 261, 262.

17) Hat der Verpflichtete eine Rechnung gelegt, so ist er, wenn er später eine neue Rechnung aufstellt, an die ihn belastenden Angaben der ersten Rechnung gebunden, Gruchot Bd. 32 S. 989.

18) R.O.H.G. Bd. 7 S. 92. [A. M der Herausgeber: der Rechnungsnehmer muß selbst die Richtigkeit der Angabe prüfen können.]

19) In der Regel wird der Rechnungsleger infolge des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses die Belege „auszuantworten" haben, wobei er sich beglaubigte Abschriften zurückbehalten kann. Vgl R.G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1004 und in Jur.Woch. 1902 Beil. S. 275. Sind Belege in anderen Urkunden enthalten, so genügt Erteilung eines öffentlich beglaubigten Auszugs entsprechend § 444 letzter Satz, soweit nicht § 810 eingreift.

20) Die rechtskräftig feststehende Pflicht zur Rechnungslegung kann im Wege der Zwangsvollstreckung, wie andere unvertretbare Handlungen, eventuell durch Haft erzwungen werden. Z.P.O. § 888. [Nicht anwendbar, wenn ein zur Herausgabe nicht bereiter Dritter die Urkunden besitzt, die zur Vollständigkeit der Rechnung gehören. R.G. Jur.Woch. 1904 S. 416 n. 34.] Vgl. Jur.Woch. 1896 S. 357 n. 12, 13 über den Einwand des Beklagten, daß er Rechnung gelegt habe. Die Pflicht zur Rechnungslegung ist unteilbar.

21) Vgl. Planck S. 44.

dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande ist, § 259 Abs. 2.[22]

Um aber schikanöse und allzuhäufige Eide auszuschließen, ist die Verurteilung zur Ableistung dieses Eides davon abhängig gemacht,

a) daß die Annahme des Mangels an Sorgfalt bezüglich der Angaben über die Einnahmen begründet ist; der Nachweis liegt dem Rechnungsherrn ob und

b) daß die Angelegenheit nicht von bloß geringer Bedeutung ist, § 259 Abs. 3, worüber richterliches Ermessen zu befinden hat.[23]

8. Die Ableistung des Offenbarungseides fordert Mitwirkung eines Gerichts und zwar des Prozeßgerichts erster Instanz, wenn der Verpflichtete zum Offenbarungseide verurteilt ist, Z.P.O. § 889; wenn er sich gütlich zur Eidesleistung versteht, in der Regel Mitwirkung des Amtsgerichts des Ortes, an welchem Vorlegung der Rechnung oder des Verzeichnisses zu geschehen hat. Das Nähere ergibt § 261 B.G.B. §§ 163, 79 F.G.G.

9. Das Erbieten des Beweispflichtigen, die Vollständigkeit und Richtigkeit der vorgelegten Rechnung oder des Verzeichnisses zu beweisen, enbindet ihn von der Eidespflicht nicht.

10. Die Kosten der Abnahme des Offenbarungseides trägt, wer dessen Abnahme verlangt, § 261 Abs. 3.

§ 40. Entlastung des Rechnungsstellers.

1. Nach erfolgter Rechenschaft, insbesondere nach Abnahme, sowie Berichtigung der gelegten Rechnung kann der Verwalter fremden Gutes Entlastung — Decharge — fordern.

Dies ist in solcher Allgemeinheit von der Gesetzgebung nicht ausgesprochen, entspricht jedoch einem berechtigten Interesse des Rechnungsstellers, der allgemeinen Sitte und dem, was er nach Treu und Glauben erwarten darf. Wird die Entlastung verweigert, so ist er befugt, auf Feststellung zu klagen.

---

22) Ein nach § 1910 B.G.B. bestellter Pfleger kann nicht zur Ableistung des dem Mündel auferlegten Offenbarungseides bezüglich eines Inventars angehalten werden. Die Vorschriften der Z.P.O. über Ableistung der Eide durch Vertreter (§§ 473—477) können auf Offenbarungseide des materiellen Rechts nicht Anwendung finden. So O.L.G. Hamburg Seufferts Arch. Bd. 56 S. 219, n. 124.

23) Für die Frage, welche Angelegenheiten als von geringerer Bedeutung anzusehen sind, vermag selbst § 866 Z.P.O. (Sicherungshypothek wenigstens 300 Mark) einen Anhalt nicht zu gewähren.

Der Entlastung ist im H.G.B. §§ 248 Abs. 3, 252 Abs. 3, 260 besonders bezüglich des Vorstandes einer Aktiengesellschaft als eines ordnungsmäßigen Vorganges gedacht. Es ist auch nicht zweifelhaft, daß der Vorstand einer eingetragenen Genossenschaft Entlastung fordern und im Falle der Nichtgewährung auf solche klagen kann.[1] Nicht minder gedenkt das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung § 46 Ziff. 5 der Entlastung.

Nach der preußischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §§ 67, 69 Abs. 2 sollte der Vormundschaftsrichter bei der Schlußrechnung die Entlastung des Vormundes herbeiführen. Dies hat B.G.B. § 1892 fallen lassen, damit der Mündel nicht übereilt wird. Das Gericht hat nur, soweit die Rechnung als richtig anerkannt wird, das Anerkenntnis zu beurkunden.[2] Hiermit ist natürlich nicht ausgesprochen, daß der Vormund keinen Anspruch auf Entlastung hat; nur muß er diese selbst, wenn nicht freiwillig gewährt, durch Feststellungsklage herbeiführen.

2. Welche rechtliche Bedeutung hat die Entlastung?

Ist sie nichts anderes als Anerkennung des Nichtbestehens weiterer Schuldansprüche? Dann könnte sie nach § 814 durch den Nachweis entkräftet werden, daß noch Verbindlichkeiten bestanden, es sei denn, daß der Entlastende dies wußte und doch die Entlastung erteilte.

Damit wäre die Entlastung praktisch fast wertlos. Denn zu beweisen, daß ihm noch Ansprüche zustehen, hätte der Geschäftsherr auch wenn er solche geltend machen wollte, ohne zuvor den Rechnungssteller entlastet zu haben.

Soll also der Geschäftsbesorger trotz der Entlastung bis zum Ablauf der Verjährungszeit noch aus der Geschäftsführung in Anspruch genommen werden können? Soll er, um sicher zu gehen, genötigt sein, trotz Rechnungsstellung und Entlastung eine Feststellungsklage dahin zu erheben, daß dem Geschäftsherrn weitere Ansprüche nicht zustehen?

Die Entlastung muß mehr sein und ist mehr. Sie bildet einen Verzicht des Entlastenden auf weitere Ansprüche.

---

1) Parisius und Crüger, Genossenschaftsgesetz S. 226.

2) Erscheint der Mündel zu dem Schlußtermine nicht, so ist das Vormundschaftsgericht zur Verhängung von Ordnungsstrafen gegen den Mündel nicht befugt. Dem Vormund bleibt nur die Klage übrig. O.L.G. Königsberg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 116.

[Er erklärt nicht, daß weitere Ansprüche nicht bestehen, sondern er verspricht, weitere Ansprüche nicht erheben zu wollen.]

3. Die bisherige Rechtsprechung hat der Entlastung insoweit die Wirkung abgesprochen, als es sich um Dinge handelt, die für den Entlastenden nicht erkennbar waren. Trotz einer dem Vorstand einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft durch die Generalversammlung erteilten Decharge können also noch Ansprüche geltend gemacht werden, soweit sie aus den Vorlagen, die der Generalversammlung oder einer etwa niedergesetzten Revisionskommission gemacht wurden, nicht erkennbar waren.[3]

Dies wird auch inskünftige als Bedingung des in der Entlastung liegenden Verzichtes anzusehen sein.

§ 41. Vorlegung eines Verzeichnisses.

1. Wer Anspruch auf Herausgabe eines Inbegriffes von Gegenständen oder auf Erteilung von Auskunft über dessen Bestand hat, ist befugt, vom Verpflichteten Vorlegung eines Verzeichnisses über den Inbegriff zu fordern, § 260 Abs. 1.[1]

a) Diese Verpflichtung kann mit der Pflicht zur Rechnungslegung verbunden sein. Es ist dies aber keineswegs immer der Fall. Insbesondere hat der Erbschaftsbesitzer gegenüber dem Erben nur die Verpflichtung zur Vorlegung eines Verzeichnisses der Nachlaßsachen, die er besitzt. Zugleich hat er über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen, § 2027.[2]

b) Es ist nicht notwendig, daß es sich um eine Sachgesamtheit handelt, vielmehr genügt, daß man eine Mehrheit von Sachen aus einem Rechtsverhältnisse beansprucht.[3]

c) Vorausgesetzt ist, daß der Berechtigte nicht selbst die einzelnen Gegenstände individuell bezeichnen kann.

2. Der Anspruch auf Vorlegung des Verzeichnisses ist in derselben Weise geltend zu machen wie der auf Rechnungslegung.[4]

Insbesondere sind für diesen Anspruch die entwickelten Rechtssätze über den Offenbarungseid maßgebend. Dieser ist dahin abzuleisten, daß

---

3) R.G. Bd. 12 S. 77, Bd. 13 S. 51.

1) E. I § 777; Mot. Bd. 2 S. 894.
2) Vgl. R.G. Bd. 14 S. 208.
3) O.L.G. Hamburg Hans. Ger.Zeit. 1906 Beibl. S. 231; R.G. vom 6. April 1903 bei Gruchot Bd. 47 S. 910.
4) Oben § 39.

der Verpflichtete nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande war.

§ 42. Anspruch auf Besichtigung.[1]

I. Seine Sachen zu zeigen ist niemand verpflichtet, auch wenn ein anderer ein Interesse an deren Einsicht hat, etwa zur Vervollständigung seiner wissenschaftlichen oder künstlerischen Studien. Dies ist offenbar, wenn der Besitzer an der Unzugänglichkeit seiner Sachen ein Interesse hat, z. B. zur Wahrung von Fabrikgehimnissen. Aber auch dann gilt dasselbe, wenn ihm die Besichtigung zweifelsohne unschädlich wäre. Denn man hat seine Habe für sich und darf für sich sein und bleiben.

Der Grundsatz wurde in Rom durch die a. ad exhibendum in Fällen durchbrochen, in welchen die Verwirklichung von Rechten an Sachen ohne deren Besichtigung nicht leicht zu erreichen war. Das allgemeine Interesse, daß Rechte verwirklicht werden können, soll insoweit durch die private Abschließung nicht leiden.

II. Hierauf beruhen §§ 809—811.[2] [3] [4]

1. Wer gegen den Besitzer einer Sache einen Anspruch in Ansehung der Sache hat oder sich Gewißheit verschaffen will, ob er einen solchen hat, ist, wenn dies für ihn von Interesse ist, befugt, Vorlegung zur Besichtigung der Sache oder Verstattung ihrer Besichtigung zu verlangen.

a) Dies bezieht sich auf bewegliche wie unbewegliche Sachen.[5]

b) Der Anspruch geht gegen den Besitzer nicht bloß den unmittelbaren, sondern im Falle eines Interesses auch gegen den mittelbaren.[6]

c) Der Anspruch kann ein dinglicher oder ein persönlicher sein. Im Fall eines alternativen Anspruchs kann die Besichtigung zum Zwecke der Wahl verlangt werden.[7] [8]

---

1) Demelius, Die Exhibitionspflicht 1872; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 474.

2) E. I § 774 ff.; Mot. Bd. 2 S. 889; Prot. 3117.

3) Die neueren Gesetzbücher, A.L.R., code civil und andere haben die a. ad exhibendum nicht übernommen.

4) Heldmann in Ztschr. f. deutschen Zivilpr. Bd. 26 Heft 4. — Dierschke „Die Vorlegung von Sachen" 1901 Jena. — Geiershöfer in Ztschr. Das Recht 1903 S. 259 und Meyer das. S. 101 „Urkundenedition". — Siegel, Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß 1904. — O. Giesker, Das Recht der Privaten an der eigenen Geheimsphäre 1904.

5) Man verlangt z. B. Verstattung der Besichtigung eines Waldes wegen einer Holzgerechtigkeit, um zu ermitteln, ob ein zur Ausübung der Servitut erforderlicher Holzbestand vorhanden ist. Vgl. Seuffert Arch. Bd. 16 n. 48. (Die Besichtigung des Körpers eines lebenden Menschen kann nicht verlangt werden.)

6) Vgl. hierzu die erschöpfende Ausführung bei Planck 2 a zu § 809.

7) Windscheid, Pand. Bd. 2 § 474 Anm. 9; Planck Anm. 2 c zu § 809.

8) Es kann vorkommen, daß der Eigentümer eines Manuskripts das

d) Das Interesse, an welches sich der Besichtigungsanspruch knüpft, ist im Zweifel durch Tatsachen darzutun, aus denen sich ergibt, daß Kläger ernstlich das Bestehen eines Anspruchs bezüglich der Sache behauptet.

2. Wer ein rechtliches Interesse[9] daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn es sich um eine sogenannte gemeinschaftliche Urkunde handelt. Hierzu gehört nach § 810

a) daß die Urkunde im Interesse des die Einsicht Verlangenden errichtet ist, oder

b) daß sie ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet[10], oder

c) daß sie Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem andern oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen wurden.[11] [12]

Eigentum daran verliert, z. B. weil es ein anderer gutgläubig vom Nichteigentümer erwirbt, §§ 932, 935 Abs. 2, und daß ihm das Urheberrecht verbleibt. Kann er dann vom jetzigen Eigentümer und Besitzer Vorlegung des Manuskripts zur Besichtigung und Entnahme einer Abschrift verlangen, um in die Lage zu kommen, sein Werk zu veröffentlichen? Man kann einwenden, daß im § 809 an diesen Fall nicht gedacht ist und daß das Urheberrecht kein Anspruch „in Ansehung der Sache" ist. Dennoch ist die Frage zu bejahen. Es ist § 809 entsprechend anzuwenden, denn der Satz des A.L.R.: wem die Gesetze ein Recht geben, dem geben sie auch die Mittel der Verwirklichung, muß auch inskünftige gelten, wenn er auch nicht positiv im B.G.B. ausgesprochen ist. Er ergibt sich aus dem Wesen der Sache. Auf diesem Gedanken beruht § 867, wonach man eine Sache, die auf das Grundstück eines Dritten gelangt ist, dort wegzunehmen befugt ist; wenn Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, gegen Sicherheit. Entsprechend ist unser Fall zu behandeln. Dagegen Dierschke Vorlegung von Sachen S. 78 sowie Planck Anm. 4 zu § 809. [Auch der Wiederkaufs- und der Verkaufsberechtigte hat den Anspruch aus § 809, ohne sich vorher über Ausübung oder Nichtausübung seines Rechts erklären zu müssen. Planck S. 921, abweichend Dierschke a. a. O. S. 43.]

9 Vgl. dazu R.G. bei Gruchot Bd. 49 S. 382; O.L.G. Jena vom 11. Okt. 1902 Recht Bd. S. 588; Planck Anm. 5 zu § 810.

10) Demelius, Exhibitionspflicht S. 163. — Vgl. oben Anm. 4. — Ferner O.L.G. Posen Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 52.

11) Geschäftsbücher eines Kaufmanns, welche als Ganzes zu behandeln sind, können nicht als gemeinschaftliche Urkunden in Frage kommen, wenn in den Büchern auch Aufzeichnungen enthalten sind, die den Geschäftsabschluß mit dem Gegenkontrahenten betreffen. Gruchot Bd. 30 S. 438. Das Gericht aber kann nach freiem Ermessen die Vorlegung der Handelsbücher eines Vollkaufmanns (§ 4 H.G.B.) von Amts wegen oder auf Antrag jeder Prozeßpartei jederzeit verlangen, § 45 H.G.B. — Die Vorlegung eines von einem Nichtkaufmann geführten Kassabuchs kann der Prozeßgegner nicht verlangen, da es ausschließlich zum Gebrauch im eigenen Interesse bestimmt ist. O.L.G. Braunschweig vom 25. Oktober 1900 Braunschwg. Ztschr. 1902 S. 127. Vgl. R.G. vom 24. Oktober 1903 Recht 1903 S. 605, ebensowenig die Vorlegung von Vereinsprotokollen, die nur für den inneren Dienst bestimmt sind, Bayr.

III. Die Vorlegung hat zu geschehen, wo sich die vorzulegende Sache befindet. Aus wichtigen Gründen kann die Vorlegung an anderem Orte beansprucht werden, § 811 Abs. 1.

Wer die Vorlegung verlangt, hat deren Gefahr und Kosten zu tragen, auf Anfordern sogar die Kosten vorzuschießen und wegen der Gefahr Sicherheit zu leisten, § 811 Abs. 2.

IV. Die Besichtigung durch Dritte, insbesondere Sachverständige, kann in der Regel beansprucht werden. Prüfung und Untersuchung, welche die Substanz angreift, muß der Besitzer nicht dulden.

Ob das Nehmen von Abschriften vorzulegender Urkunden zu gestatten ist, hat in Streitfällen richterliches Ermessen zu entscheiden.

V. Wer auf Gestattung der Einsichtnahme rechtskräftig verurteilt, diese gleichwohl verweigert, kann nach Z.P.O. § 888 durch Haft und Geldstrafe zur Gestattung gezwungen und eventuell in Gemäßheit von B.G.B. § 283 schadensersatzpflichtig werden.

Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Einsichtnahme ist aber nicht zulässig;[13] auch ein Offenbarungseid kann nicht verlangt werden.[14]

Obst.L.G. vom 1. Oktober 1904 Seuff. Arch. Bd. 60 S. 125. — Der commis interessé kann die Vorlegung der Geschäftsbücher und Geschäftspapiere auf Grund seines mit dem Geschäftsherrn bestehenden Rechtsverhältnisses auch dann verlangen, wenn er ein Konkurrenzgeschäft betreibt und die Möglichkeit besteht, daß die Kenntnis der Bücher und Papiere zu unlauteren Zwecken benutzt werden könnte. O.L.G. Dresden vom 29. Oktober 1901 Sächs. Arch. Bd. 11 S. 745. Ist eine Ehe mit Errungenschaftsgemeinschaft geschieden, so kann die Frau behufs Feststellung des gemeinschaftlichen Vermögens die Vorlage der Geschäftsbücher verlangen. R.G. vom 14. Januar 1902 Bd. 50 S. 334, ebenso der Bürge die Vorlegung der Handelsbücher des Gläubigers zum Nachweise der in ihnen beurkundeten Zahlungen der Hauptschuld R.G. vom 5. November 1903 Bd. 56 S. 112.

12) [Besondere Vorschriften über Urkundenedition bestehen neben der allgemeinen Norm beispielsweise nach B.G.B. §§ 79, 716 (vgl. H.G.B. §§ 118, 166), 1342 Abs. 2, 1563, 1597 Abs. 2, 1953 Abs. 3, 1957 Abs. 2, 2010, 2081 Abs. 2, 2146 Abs. 2, 2228, 2264, 2384 Abs. 2. Vgl. auch § 444.]

13) And. Anf. Planck Anm. 5 zu § 809. Seuffert Komm. z. Z.P.O. zu § 883 und die dort Angeführten. [Die im Text vertretene Auffassung kann nur darauf geführt werden, daß Vorlegung keine Herausgabe ist.]

14) Prozessuale Editionspflicht ist unabhängig von den Voraussetzungen der in den §§ 809—811 B.G.B. geregelten Editionspflicht, vgl. R.G. Bd. 20 S. 6. — Vgl. auch Jur.Woch. 1897 S. 166 n. 4 und 1897 S. 628 n. 2.

Achtes Kapitel.

Wahlobligationen.[1]

§ 43. Natur der Wahlobligationen.

1. Wahlobligationen — alternative Obligationen — verbinden den Schuldner zu mehreren Leistungen in der Weise, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, B.G.B. § 262.[2] Den Gegensatz bilden die sog. einfachen Obligationen.[3]

Es können derart nicht bloß zwei, sondern auch mehrere Leistungen geschuldet werden. Dies ist entsprechend zu behandeln.

Die Alternativobligation kann durch Rechtsgeschäft begründet werden, z. B. es läßt sich jemand einen von den Hunden versprechen, welche eine trächtige Hündin werfen wird. Alternative Vertragsschulden sind indessen im großen Geschäftsverkehre selten, Vermächtnisse, § 2154, sind häufiger, z. B. dem X. soll aus den Möbeln des Erblassers eine Anzahl überlassen werden. Am wichtigsten sind die Alternativobligationen, welche unmittelbar aus dem Gesetz entspringen.

Alternativ sind Obligationen nicht, bei denen eine Leistung geschuldet wird, deren Modalitäten aber alternativ sind. Sie sind den Alternativobligationen ähnlich. Darüber unten.

2. Die Vorschriften des B.G.B. über Alternativobligationen lehnen sich an das römische Recht an, welches das in Rom häufigere Institut eingehend regelte.

3. Die Alternativobligation ist eine Obligation mit mehreren Leistungen. Sie ist als solche nicht bedingt,[4] läßt aber bezüglich des Gegenstandes einen Spielraum. Beide Leistungen sind —alternativ —

---

1) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 27; F. Leonhard in Iherings Jahrb. Jahrgang 41 S. 1; Litten, Die Wahlschuld im B.G.B. 1903; Boethke, Besprechung von Littens Wahlschuld in Gruchot Bd. 48 S. 426; Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse 1905 München.

2) Vgl. zu §§ 262—265 E. I 207 ff.; Mot. Bd. 2 S. 6.

3) Über facultas alternativa siehe unten § 45 Abschn. III.

4) [Die Wahl kann aber zur Bedingung gemacht sein. S. darüber Pescatore S. 109 ff. Häufig nimmt man bei wirklicher Wahlschuld ein sog. Pendenzverhältnis an. Nach der subjektiven Pendenztheorie fehlt dem Wahlschuldverhältnis zunächst der Gegenstand; nach der resolutiven P. sind zunächst beide Leistungen geschuldet, wird die zu vollziehende Leistung bestimmt, so fällt die andere Leistung weg, als ob sie niemals geschuldet worden wäre.] Bernstein, Alternativer Wille (1878), stellt danach die Frage so, ob es ungewiß sei, welcher Gegenstand Objekt der Obligation werde oder welcher Objekt bleibe. Keine dieser Alternativen ist zutreffend.

Schuldgegenstand. Ist ein Gegenstand gewählt, so gilt er als von Anfang an allein geschuldet, B.G.B. § 263 Abs. 2.

4. Die Alternativobligation kann darüber bestimmen, wem die Wahl zusteht, in welcher Form sie zu erklären, innerhalb welcher Zeit sie auszuüben ist. Nicht ausdrücklich muß dies geschehen, oft ergeben es die Umstände.

Ist aber nichts bestimmt, so hat der Schuldner die Wahl, und zwar ohne feste Zeitgrenze, § 262.[5] Dies gilt auch für alternative Vermächtnisse.[6] [7]

5. Die Wahl kann einem Dritten vorbehalten sein. Hierfür ist B.G.B. §§ 317 ff. maßgebend, bei Wahlvermächtnissen § 2154.

Demnach ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte nach billigem Ermessen entscheiden soll. Im Falle der Verzögerung oder offenbarer Unbilligkeit kann richterliches Urteil eintreten. Das Geschäft ist also unbedingt. Soll der Dritte aber nach freiem Belieben entscheiden, so wird das Geschäft unwirksam, wenn er nichts bestimmt, das Geschäft ist bedingt.[8]

6. Das Recht zur Wahl durch Schuldner oder Gläubiger ist im Zweifel nicht persönlich. Es geht also auf deren Erben und auf deren Sondernachfolger über.[9]

Die Wahl kann in der Regel durch Bevollmächtigte und gesetzliche Vertreter der Wahlberechtigten ausgeübt werden.

7. Die einseitige Erklärung des Schuldners, einen der Schuldgegenstände leisten zu wollen, hatte in Rom keine verbindliche

---

5) L. 138 D. de V. O. 45, 1 und alle neueren Gesetzgebungen.

6) Kuhlenbeck von d. Pand. zum B.G.B. S. 25. Anders § 22 J. de legat. II, 20.

7) Nach römischem Rechte hatte auch bei alternativen Käufen der Verkäufer, als der Schuldner der Kaufsachen die Wahl, l. 34 § 6 D. de contr. empt. 18, 1. Nach A.L.R. I, 11 § 38 war das Gegenteil anzunehmen. In der Tat wird es oft bei Käufen dem Verkäufer mehr darauf ankommen, daß als was er verkauft, wenn der Käufer noch schwankt. Dann wird der Käufer die Wahl haben. Doch müssen dies die besonderen Umstände gegenüber § 262 ergeben.

8) [Pescatore sieht in der Einräumung des Wahlrechts an einen Dritten schlechthin eine Bedingung (S. 117 ff.). Nach manchen (Schollmeyer zu § 262, Fischer-Henle zu § 262) soll der Dritte immer nach freiem Belieben wählen können.]

9) Im Konkurse übt der Konkursverwalter an Stelle des wahlberechtigten Gemeinschuldners die Wahl aus, soweit die Alternativobligation zur Konkursmasse gehört. [Pescatore S. 169 ff. nimmt mit Recht an, daß ein besonderes Wahlrecht den Römern und dem B.G.B. fremd sei: es sei nur die Möglichkeit des Schuldners, seiner Verpflichtung auf die eine oder die andere Weise zu genügen bezw. die Möglichkeit des Gläubigers, den einen oder den anderen Anspruch geltend zu machen.]

Kraft,[10] weil der ursprüngliche Vertrag der Abänderung durch einseitige Erklärung eines Beteiligten entzogen war.

Anders nach heutiger Rechtsauffassung und dem B.G.B. § 263 Abs. 1.

Hiernach geschieht die Wahl durch Erklärung des Wahlberechtigten an den anderen Teil. Diese bildet also ein einseitiges sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.[11]

8. Die einmal dem anderen Teile zugekommene Erklärung ist in der Regel unwiderruflich.

9. Sind mehrere wahlberechtigte Schuldner oder Gläubiger vorhanden, so ist die Wahl, soweit das Schuldverhältnis nichts anderes bestimmt, erst durch übereinstimmende Erklärung der Wahlberechtigten vollzogen. Besteht der Gegenteil aus mehreren, so ist in der Regel erfordert, daß die Erklärung allen zugekommen ist.[12]

10. Nach bisherigem Rechte war bestritten, welchen Einfluß der Verzug des Wahlberechtigten auf das Wahlrecht habe. Das B.G.B. regelt die Frage im § 264.[13]

a) Gemeinrechtlich verlor der Schuldner noch nicht durch Verzug das Recht, sich zwischen den Schuldgegenständen zu entscheiden. Der Gläubiger hatte hiernach alternativ zu klagen, das Urteil alternativ zu verurteilen. Blieb aber auch das Urteil erfolglos, so durfte der Gläubiger seinerseits wählen.[14]

Das B.G.B. § 264 Abs. 1, sich im allgemeinen anschließend, geht in der Konsequenz noch weiter. Entscheidet sich der wahlberechtigte Schuldner nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung, so kann zwar der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine

---

10) L. 2 § 1 D. de V. O. 45, 1; über das gemeine Recht siehe Dernburg, Pand. Bd. 2 § 27 Anm. 8; Windscheid, Pand. Bd. 2 § 255 Anm. 9.

11) Die Wahl liegt schon darin, daß der wahlberechtigte Schuldner eine der Leistungen, wenn auch nur teilweise vornimmt, und daß der wahlberechtigte Gläubiger eine der Leistungen annimmt, vorausgesetzt, daß man in Kenntnis des Wahlrechts handelte. Unter der gleichen Voraussetzung liegt die Wahl in gerichtlichen Schritten des wahlberechtigten Gläubigers, wodurch er seinen Anspruch auf eine der Leistungen verfolgt. Vgl. dazu Planck S. 49 Anm. 3 zu § 263 mit ausführlichem Literaturnachweis sowie Entw. I § 208 Abs. 2.

12) Planck S. 49. [Das läßt sich in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten. Es gilt nur beim Bestehen einer Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand, im übrigen entscheidet die Natur des Rechtsverhältnisses. Schollmeyer zu § 263. Pescatore S. 204 ff. Staudinger zu § 263.]

13) Rieß, Die Zwangsvollstreckung einer Alternativobligation bei Wahlrecht des Schuldners Gruchot Beitr. 48, 489.

14) R.G. Bd. 12 S. 186.

oder die andere Leistung richten, der Schuldner kann sich aber immer noch, so lange nicht der Gläubiger eine der gewählten Leistungen ganz oder teilweise empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.[15] Die bloße Erklärung des Schuldners, den anderen Gegenstand liefern zu wollen, hat gleiche Wirkung nicht.

Die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher gilt als Empfang durch den Gläubiger, Z.P.O. §§ 753, 815, 819.[16]

Der Schuldner hat zu beweisen, daß er die Wahl vor Beginn der Zwangsvollstreckung vorgenommen hat, wenn er der vom Gläubiger auf einen der geschuldeten Gegenstände gerichteten Zwangsvollstreckung widerspricht. Die entgegengesetzte Verteilung der Beweislast wäre höchst unzweckmäßig und kann nicht als vom Gesetze gewollt erachtet werden.[17]

b) Steht dem Gläubiger das Recht der Wahl zu, und gerät er damit in Verzug, so nahmen einzelne an, daß sich ein Übergang des Wahlrechts hieran knüpfe. Die herrschende Ansicht aber konnte sich hiermit nicht befreunden.[18]

Das B.G.B. hat folgende Bestimmungen getroffen:

1. Der Schuldner kann durch die Aufforderung, die Wahl vorzunehmen (regelmäßig also durch Anbietung sämtlicher Leistungen), den Gläubiger in Verzug setzen, vgl. § 295 Satz 2.

2. Ist der Gläubiger in Verzug, so kann ihn der Schuldner unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern.[19]

---

15) Also nicht mehr alternative Schuld, sondern bloße Ermächtigung des Schuldners. Stammler S. 138. [Auch diese Auffassung ist lebhaft bestritten. Vgl. Eccius in Gruchot 42, 402. Staudinger zu § 264 Anm. 1, woselbst die Literatur angegeben. Es bleibt beim Wahlrecht des Schuldners, doch kann er es nicht mehr durch Erklärung ausüben.] R.G. vom 26. Nov. 1902 Bd. 53 S. 80.

16) R.G. Bd. 15 S. 396.

17) So auch Planck S. 51 Anm. 3 zu § 264. Er führt aus, zwar an und für sich sei aus der Fassung des § 264 Abs. 1 nach der Regel des B.G.B. zu folgern, daß dem Gläubiger der Beweis obliege, daß der Schuldner noch nicht gewählt habe, das B.G.B. habe aber seine Regel von der Andeutung der genauen Beweislastverteilung durch seine Fassung in solchen Fällen nicht streng beobachtet, „in welchen der Konditionalsatz vorangestellt wird“!

18) R.G. Bd. 30 S. 99 und dort Angef. gegen Dernburg, Pand. Bd. 2 § 27 Anm. 18. Kohler in seinem Archiv Bd. 13 S. 185.

19) Für den Fall, daß die Aufforderung untunlich ist, ist nichts bestimmt, vgl. Kohler in seinem Archiv S. 185. Man muß annehmen, daß, wenn die Untunlichkeit festgestellt und daraufhin eine für die Wahl angemessene Zeit verflossen ist, das Wahlrecht entsprechend dem § 264 Abs. 2 auf

Die Verbindung mit dem Akt, welcher den Gläubiger in Verzug setzt, wäre wohl natürlich und zweckmäßig. Nach der Fassung des Gesetzes ist sie aber bedenklich.[20]

3. Das Wahlrecht geht auf den Schuldner über, wenn der Gläubiger die Wahl nicht fristgemäß vornimmt.[21] [22]

11. Hat der wahlberechtigte Schuldner einen der alternativ geschuldeten Gegenstände in der irrigen Meinung geleistet, diesen allein zu schulden, so kann er die durch Leistung abgegebene Wahlerklärung wegen Irrtums anfechten und gleichzeitig den geleisteten Gegenstand aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, denn die Obligation, welche er tilgen wollte, war eine andere als die wirklich bestehende.[23] Aber er muß dagegen den Gegenstand, für dessen Leistung er sich nunmehr entscheidet, anbieten. Dies entspricht Treu und Glauben.[24]

Weiter ist anzunehmen, daß der wahlberechtigte Schuldner, welcher in dem irrigen Glauben, beide Gegenstände zu schulden, beide leistete, dasjenige zurückfordern kann, was ihm beliebt. Denn sein Wahlrecht ist noch nicht aufgezehrt.[25]

---

den Schuldner übergeht. Kohler, Lehrb. II 53 Anm. 1; vgl. dagegen Planck Anm. 4 b zu § 264, der in diesem Falle die Aufforderung zur Vornahme der Wahl nach den Vorschriften des B.G.B. § 132, also regelmäßig im Wege der öffentlichen Zustellung vorgenommen wissen will. [So unwiderlegbar diese Ansicht theoretisch ist, so dürfte sie doch erheblichen praktischen Bedenken unterliegen, da sie ohne dem Gläubiger wesentlich nützlich zu sein, dem Schuldner Opfer an Geld und Zeit — vgl. für letzteres Z.P.O. § 206 Abs. 2 — auferlegt.]

20) Hierfür mit Recht Staudinger Anm. 3 zu § 264. Kohler, Lehrb. I[1] 53. Cosack, B.R. Bd. 1 S. 292 . Gegen Cosack Planck S. 51.

21) Der Gläubiger, welcher das Wahlrecht hat, kann nicht alternativ klagen. Die Wahl ist Voraussetzung seiner Klage. Jur.Woch. 1896 S. 655 n. 7, vgl. l. 75 § 8, l. 132 pr. D. de V. O. 45, Kuhlenbeck S. 26.

22) Ist einem Dritten das Wahlrecht vorbehalten, so geht bei Wahlvermächtnissen, falls der Dritte die Wahl nicht trifft, das Wahlrecht auf den Beschwerten über, § 2154 Abs. 2. Darüber hinaus gilt § 319 B.G.B. Vgl. unten Bd. 5 § 80.

23) L. 32 § 3 D. de cond. indebiti 12, 6.

24) And. Ans. Planck S. 49 Anm. 3 zu § 264, der jedoch in Übereinstimmung mit anderen dem Gläubiger unter Umständen ein Zurückbehaltungsrecht einräumen will. [Die Kenntnis des Gläubigers von dem Irrtum des wahlberechtigten Schuldners hat nur Einfluß auf seinen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses nach § 122: Planck S. 49, Staudinger Anm. 6 zu § 263.]

25) Über die römische Ansicht siehe l 10 C. de cond. indebiti 4, 5; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 141.

§ 44. Unmöglichkeit der einen der Leistungen.[1]

1. Waren alle Leistungen von Anfang an unmöglich, so ist das Schuldverhältnis nichtig, §§ 306, 2171. War aber nur die eine der Leistungen, auf welche der Vertrag alternativ gerichtet war, *von vornherein unmöglich*, so gilt die Schuld bezüglich der anderen als rechtsbeständig, § 265. Sie ist also eine einfache.[2] [3]

Immerhin ist der Teil, welcher die Unmöglichkeit beim Vertragsschluß kannte oder kennen mußte, dem Teile, welcher sie nicht kannte oder kennen mußte, zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet, § 307 Abs. 2 letzter Satzteil.

Entsprechendes ist anzunehmen, wenn das Versprechen der einen Leistung wegen *Unsittlichkeit* nichtig ist; es sei denn, daß die Unsittlichkeit des einen Versprechens dem ganzen Geschäfte den Makel der Unsittlichkeit aufprägt, z. B. X. verspricht Geschäftsgeheimnisse seines Dienstherrn dem A. zu verraten oder diesem 1000 Mark zu zahlen.

Nicht anders ist der Fall zu behandeln, wenn ein zwingendes gesetzliches Gebot durch die Alternativobligation *umgangen werden* soll, z. B. N. verspricht dem A. mündlich die Auflassung eines Grundstücks — vgl. B.G.B. § 313 — oder 1000 Mark.

2. Nach römischem Rechte wurde die alternative Obligation nachträglich zur einfachen, wenn eine der beiden alternativen Leistungen nach Begründung der Obligation *unmöglich wurde*.[4] Dagegen konnte nach A.L.R. I, 11 §§ 33 ff. der Wahlberechtigte in diesem Falle vom Geschäfte *zurücktreten*, weil die Wahl als dem Geschäfte wesentlich galt. Er konnte sich aber auch für die übrigbleibende Leistung entscheiden.

Das B.G.B. § 265 folgt dem römischen Rechte. Wird also nach Entstehung des Schuldverhältnisses eine der Leistungen unmöglich, so erhält sich die Schuld und beschränkt sich auf die andere Leistung.

Dies gilt aber schlechthin nur, wenn die Unmöglichkeit *von keinem Teile zu vertreten ist*. Hiernach ergeben sich folgende Sätze:

---

1) Gemeinrechtliche Aufsätze: Zimmern im Archiv für ziv. Praxis Bd. 1 S. 23; Fuchs daselbst Bd. 34 S. 235.

2) So auch l. 128 D. de V. O. 45, 1.

3) Z. B. jemand verpflichtet sich, einem anderen unwiderruflich eine Prokura zu bestellen oder ihn als Teilhaber in das Geschäft aufzunehmen. Die erstere Alternative ist unzulässig, vgl. R.G. Bd. 27 S. 37, H.G.B. § 52, die zweite Alternative allein wirksam.

4) L. 34 § 6 D. de contr. empt. 18, 1; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 27 Ziff. 1.

a) Hat der wahlberechtigte Teil seinerseits die Unmöglichkeit der einen Leistung zu vertreten,[5] so konzentriert sich die Schuld auf die andere Leistung.

b) Dagegen erhält sich das Wahlrecht, wenn dem einen Teile das Wahlrecht zusteht, der andere den Untergang zu vertreten hat. Wählt der Wahlberechtigte die unmögliche Leistung, so hat die Vertretung so zu geschehen, wie wenn die unmöglich gewordene Leistung von vornherein den alleinigen Gegenstand des Vertrags gebildet hätte.[7]

§ 45. Den Wahlobligationen verwandte Schuldverhältnisse.

I. Häufig hat die Obligation zwar nur einen Schuldgegenstand, aber die Modalitäten der Leistung hängen noch von der Bestimmung des Gläubigers oder auch des Schuldners oder möglicherweise eines Dritten ab.

1. Es gehört hierher der sog. Kauf mit Spezifikation.[1] Dabei hat der Käufer eines Warenquantums die Dimensionen oder Formen zu bestimmen, in denen die Waren geliefert werden, z. B. Flach-, Rund- und Quadrateisen oder Nageleisen; Garn einer bestimmten Sorte in verschiedenen Nummern. Meist wird ein sog. Grundpreis gesetzt, zu dem je nach der vom Käufer vollzogenen Auswahl ein sog. Überpreis, in der Regel nach einer im voraus festgestellten Überpreisskala, hinzutritt. Oft wird für die Spezifikation eine Frist gestellt.

Der Spezifikationskauf ist Gattungskauf, bei welchem zwar der Schuldner — der Verkäufer — das Recht der Individualisierung hat; aber die Art, wie dies geschehen muß, hat der Gläubiger — der Käufer — vorzuschreiben. Dies gibt dem Geschäfte wirtschaftlich, bis zu einem gewissen Grade auch rechtlich, Verwandtschaft mit einer Alternativobligation, bei welcher der Gläubiger die Wahl hat.

Nach früherem Rechte war es streitig, welche Wirkung einträte, wenn der Käufer mit der Spezifikation in Verzug gerät.[2]

---

5) Die Fälle der Vertretungspflicht werden mehrfach an anderem Ort erörtert.

6) S. dazu Kohler, Lehrbuch II § 18; Pescatore S. 237 ff.

7) [War also die unmöglich gewordene Leistung auf Grund gegenseitigen Vertrags geschuldet, so kommt § 324 B.G.B. zur Anwendung.]

1) Oertmann im Archiv. f. ziv. Pr. Bd. 85 S. 202; Römer, Abhandlungen 1877 S. 132—148; Marcus in Bl. f. Rechtspflege i. B. d. K. 1897 S. 44; Staub zu § 375 S. 1552 mit ausf. Literaturnachweis; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 141, 172.

2) R.G. Bd. 37 S. 25, Bd. 30 S. 97 (gem. R.), Bd. 29 S. 18, Bd. 26 S. 213, Bd. 14 S. 243; R.O.H.G. Bd. 4 S. 142, Bd. 14 S. 41, Bd. 15 S. 146

a) Nach H.G.B. § 375 gilt der Käufer als verpflichtet, die vorbehaltenen Bestimmungen zu treffen, kann also hierzu verurteilt und nach Z.P.O. § 888 zur Bestimmung gezwungen werden. Dies führt aber zu weitläufigen Prozeduren.[3]

b) Wichtiger ist daher die Vorschrift, daß der Verkäufer seinerseits die Bestimmung treffen darf, daß er sie dem Käufer mitteilen und ihm eine angemessene Frist zu anderweiter Bestimmung setzen muß.

Der Verkäufer kann ferner gemäß B.G.B. § 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Verkaufe zurücktreten.

Behufs Festsetzung des Schadensersatzanspruchs hat er das Recht des Selbsthilfeverkaufs mit dem Rechte der Spezifikation für den Ersteher, H.G.B. §§ 373, 376.

2. Es kommt ferner vor, daß der Verkäufer nach Bestimmung des Käufers an den einen oder den anderen Ort zu liefern hat.[4]

Gerät dann der Käufer in Verzug mit der Bestimmung des Ablieferungsortes, so werden die Vorschriften des H.G.B. § 375 entsprechend anzuwenden sein. Falls bei einem nach B.G.B. zu beurteilenden Geschäfte mehrere Erfüllungsorte vereinbart sind, werden die §§ 326 ff. B.G.B. entsprechend zur Anwendung kommen.

II. Verwandt mit der Alternativobligation ist ferner der Fall, in welchem einzelne Stücke aus einer bestimmten Masse zu liefern oder auszuwählen sind, z. B. einzelne Hammel aus einer Hammelherde. Schon früher wurde hervorgehoben, daß solche Geschäfte regelrecht keineswegs Gattungsobligationen bilden.[5]

In der Regel hat der Schuldner bei solchen Schuldverhältnissen die Wahl. Auch dem Gläubiger kann die Wahl eingeräumt werden. Für den Fall des Verzugs reicht B.G.B. § 326 aus.

III. Mit Wahlobligationen nach dem Zwecke verwandt, aber von anderer rechtlicher Gestaltung sind Schuldverhältnisse, in denen sich der Schuldner von seiner Verpflichtung zu einer Leistung durch Angebot eines andern Gegenstandes befreien kann oder der Gläubiger berechtigt

---

3) Vgl. hierüber Kohler in seinem Archiv Bd. 13 S. 188.
4) Staudinger, Vorbemerkungen über das alternative Schuldverhältnis (§§ 262 ff. B.G.B.) Anm. 6.
5) Vgl. oben § 11.

ist, an Stelle der vereinbarten Leistung eine andere zu fordern, sog. fakultative Ermächtigung.[6 7]

Solche Obligationen sind einfache. Geht das Schuldobjekt unter, so erlöschen sie.

Neuntes Kapitel.

Einheitliche und verbundene, teilbare und unteilbare Leistungen. Leistung durch Dritte.

§ 46. Einheitliche und verbundene Obligationen.

1. Nicht selten ist zweifelhaft, ob aus einem Vertrag eine einheitliche Obligation hervorgeht, oder ob mehrere Obligationen in ihm zusammengefaßt sind. Es kauft z. B. jemand ein Haus und einen Bauplatz, oder eine Anzahl ungleichartiger Quantitäten, etwa 100 Zentner Kaffee und 50 Zentner Tabak, oder auch gleichartige Quantitäten, z. B. eine Anzahl von Lowries Kohlen je wöchentlich zu liefern. Grundsätzlich bestimmt über die Einheit des Schuldgegenstandes, damit auch über die Einheit der Obligation der Wille derjenigen, welche die Obligation begründeten. Praktisch ist also die Entscheidung Frage der Auslegung des Schuldvertrags.[1]

2. Ohne weiteres ist anzunehmen, daß eine durch eine Zahl bezeichnete Summe gleichartiger, gleichzeitig, unter gleichen Bedingungen zu liefernder Objekte einen einzigen Schuldgegenstand bildet, mag es sich um vertretbare oder nichtvertretbare Sachen handeln.[2] In Zweifels-

---

6) Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 16 n. 3. — Obst.L.G. München vom 7. März 1899 in D.Jur.Ztg. 1899 S. 384. — Striethorst Arch. Bd. 96 S. 238. — Staudinger in den Vorbemerkungen zu §§ 262 ff. unter 5.

7) Ein Beispiel für die facultas alternativa enthält § 2329 Abs. 2 B.G.B. Hiernach kann der im Pflichtteile verletzte Pflichtteilsberechtigte von dem vom Erblasser Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes verlangen, §§ 2325, 2329. Der Beschenkte aber hat die Befugnis, die Herausgabe durch Zahlung des am Pflichtteile fehlenden Betrags abzuwenden, § 2329 Abs. 2. Entsprechendes gilt bei der Schenkung bezüglich der Rückforderung des verarmten Schenkers, § 528 B.G.B.

1) Die Neueren haben sich mit der Frage wenig beschäftigt. Vgl. jedoch Windscheid, Pand. Bd. 2 § 252 unter 3. Die römischen Entscheidungen bezüglich der Stipulation sind nur zum Teil als maßgebend anzusehen. Vgl. l. 29 pr l. 75 § 9, l. 86, l. 140 pr. § 1 D. de V. O. 45, 1.

2) L. 29 pr. D. de V. O. 45, 1: tot esse stipulationes quot summae ... per singulos denarios singulas esse stipulationes, absurdum est. Das Versprechen einer Summe in Raten zahlbar erachtete Paulus als mehrere Obligationen begründend, doch war die Sache streitig, l. 140 § 1 D. de V. O. 45, 1. Das R.O.H.G. sah Bd. 13 S. 104 den Verkauf von 125 Oxhoft Kartoffel-Spiritus für 31 Taler à 14 440 Quart, lieferbar in fünf Monatsraten von Januar bis

fällen aber wird man zurückzugehen haben auf die Umstände des Vertragsschlusses und selbst auf dessen erkennbare Beweggründe. Die Einheit des Preises ist nicht entscheidend. Es kommt vor, daß mehrere Gegenstände durch denselben Vertrag für einen Preis verkauft werden, welcher der Kürze wegen statt der Einzelpreise ausgeworfen wurde, und daß doch der Verkauf der einzelnen Gegenstände in der Vorstellung und Willensmeinung der Vertragschließenden etwas Getrenntes war. Immerhin kann die Einheit des Preises unter Umständen ein unterstützender Umstand für die Annahme der Einheit der Obligation sein.[3] Vgl. B.G.B. § 469.

3. Eine wichtige Folge der Einheit der Obligation liegt darin, daß der Schuldner sich nicht durch Angebot einiger der im Vertrage bezeichneten Gegenstände bezüglich ihrer befreien kann, B.G.B. § 266, während dies tunlich ist, wenn es sich um mehrere in derselben Vertragsurkunde zusammengefaßte Geschäfte handelte.[4]

§ 47. Teilbare und unteilbare Obligationen.[1]

I. Die einheitliche Obligation kann teilbar sein, sie kann auch die Eigenschaft der Unteilbarkeit haben.

Nicht das ist der Sinn der Unterscheidung, ob regelmäßig eine solche Obligation gegen den Willen des Gläubigers teilweise erfüllt werden kann. Dies ist unstatthaft, B.G.B. § 266. Vielmehr fragt es sich, ob durch besondere rechtliche Ereignisse eine Teilung eintreten kann. Teilbar sind also Obligationen, welche der Teilung fähig sind, unteilbar diejenigen, welche eine Teilung schlechthin nicht zulassen. Zu jenen Ereignissen gehört auch nach B.G.B. der Fall der Beerbung von Gläubiger oder Schuldner durch mehrere Erben. Denn wenn auch

---

Mai 1872, als ein Geschäft an. Kapital und Zinsen sind verbundene Obligationen, l. 75 § 9 D. de V. O. 45, 1. Vgl. noch l. 16 § 1 D. eod., l. 35 § 7 de m. c. don. 39, 6.

3) Vgl. R.O.H.G. Bd. 2 S. 204; R.G. Bd. 6 S. 268; Bolze Bd. 15 n. 258; R.G. Bd. 29 S. 106, Bd. 32 S. 230; Gruchot Bd. 38 S. 995. — Jur.Monatsschr. f. Posen, Ost- und Westpr. 1898 S. 172 und S. 68.

4) Die Frage, ob ein Geschäft oder ob verbundene Geschäfte anzunehmen sind, macht sich auch bei der Offerte geltend. Es bestellt z. B. A. in demselben Schreiben Quantitäten Kaffee und Quantitäten Tabak. Es fragt sich dann, ob durch die Annahme der Offerte bezüglich eines Gegenstandes hinsichtlich dieses ein Geschäft zustande gekommen ist, R.O.H.G. Bd. 16 S. 155; R.G. in Pr. Justizministerialbl. 1884 S. 220.

1) Gemeinrechtliche Bearbeitungen sind Ubbelohde, Die Lehre von den unteilbaren Obligationen 1862; Savigny, Obligationen Bd. 1 §§ 29 ff.; Vangerow Bd. 3 § 567 Anm. 2; Windscheid § 253; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 24.

nach § 2032 und § 2058 der römische Satz nicht gilt, wonach nomina ipso jure inter heredes sunt divisa, vielmehr Forderungen und Schulden zunächst ungeteilt der Erbmasse zugehören, so werden doch Nachlaßverbindlichkeiten, wenn sie überhaupt teilbar sind, unter bestimmten Voraussetzungen nach der Teilung des Nachlasses gemäß §§ 2060 und 2061 unter die Erben geteilt, was bei den unteilbaren natürlich nicht der Fall ist.

II. Welche Obligationen als teilbare anzusehen sind, darüber spricht sich das B.G.B. nicht aus.[2] Es ist Sache der Wissenschaft, dies zu bestimmen. Hiernach sind Obligationen teilbar, *wenn der vom Gläubiger mit ihnen verfolgte Zweck durch teilweise Erfüllung teilweise und verhältnismäßig erreicht wird*; wo die teilweise Erfüllung entweder ganz undenkbar oder *wertlos* ist, oder wenigstens einen *verhältnismäßigen Wert* für den Gläubiger nicht hat, da ist die Forderung unteilbar.[3] Im einzelnen unterscheidet man gewöhnlich Obligationen auf Geben und auf Tun.

1. Die Römer sahen Obligationen, welche auf ein *Geben* — **dare** — einer Sache gerichtet sind, regelrecht als *teilbar* an. Dies ist da begründet, wo Quantitäten geschuldet werden, bei welchen eine Teilung nach der Zahl möglich ist.[4] Wem aber ein einzelnes Individuum, z. B. ein Haus, ein Rittergut, ein Pferd, eine Aktie[5] — sei es speziell, sei es generisch — geschuldet ist, erhält den verhältnismäßigen Wert des Ganzen nicht, wenn ihm ein ideeller Teil geleistet wird.[6] Wir nehmen daher für die Regel Unteilbarkeit an. Wurde aber von vornherein nur der ideelle Teil einer Sache geschuldet, z. B. ein Kux

---

2) Motive Bd. 2 S. 173.

3) Nicht formelle Merkmale allein können entscheiden. Mit Recht erkennt man allgemein an, daß nur die Sache körperlich teilbar im juristischen Sinne ist, welche unbeschadet ihres Wesens und ihres Wertes zerlegbar ist.

4) L. 2 § 1, l. 117 D. de V. O 45, 1, l. 9 § 1, l. 29 D. de solut. 46, 3 sind, soweit es sich um Quantitäten handelt, auch bei uns maßgebend.

5) Die Aktien sind bekanntlich unteilbar, H.G.B. § 179 Abs. 1.

6) Die römische Jurisprudenz hat gleichwohl streng formell bei Stipulationen auf dare einer speziellen Sache Teilbarkeit angenommen, so daß sich jeder der mehreren Erben des Promittenten durch Leistung eines sog. ideellen Teiles befreien konnte, l. 54 pr. D. de V. O. 45, 1, l. 9 § 1 D. de solut. 46, 3. Indessen hat die römische Jurisprudenz dies nur bei Stipulationen auf dare konserviert; die Stipulation „fundum tradi" erklärt Ulpian für unteilbar, l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1. Die Ansichten gemeinrechtlicher Schriftsteller über diese Stelle sind freilich sehr geteilt, und es werden meist ganz andere Folgerungen aus ihr gezogen. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 24 Anm. 3.

alten Rechts, so würde eine solche Obligation allerdings nach ideellen Teilen teilbar sein. Daß Obligationen, wodurch dem Gläubiger die Überlassung einer Grundgerechtigkeit versprochen wurde, nicht in der Weise teilbar sind, daß sie an einem bloß ideellen Teile der dienenden Sache bestellt werden können, ist selbstverständlich.[7] Ebenso steht es mit dem Versprechen anderer unteilbarer Rechte. Unteilbar ist der Verkauf in Pausch und Bogen.[8]

2. Obligationen auf ein Tun gelten regelmäßig als unteilbar.[9] Dies trifft in der Tat häufig zu. Es ist z. B. unteilbar die Pflicht der Rechnungslegung. Die Obligation auf Verfertigen eines Kleidungsstücks, eines Möbels, eines Hauses wird gleichfalls als unteilbar anzusehen sein. Aber auch Obligationen auf ein Tun sind teilbar, wenn eine Teilerfüllung möglich ist und verhältnismäßigen Wert hat. Es besteht z. B. kein Grund, die Obligation, 100 Obstbäume zu pflanzen, 100 Wagen Chausseesteine behufs Herstellung einer Straße zu fahren, für unteilbar zu erklären.[10] [11]

3. Verpflichtungen, die auf ein Nichttun gehen, sind regelmäßig unteilbar.

4. Bei alternativen Obligationen ist die Wahl, mag sie nun dem Schuldner oder dem Gläubiger zustehen, etwas Unteilbares. Ist einmal gewählt, so entscheidet die Natur der nunmehr einfachen Obligation.[12]

§ 48. Teilleistungen.[1]

I. Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht befugt, § 266.[2] [3] [4]

Der Schuldner ist also trotz teilweisen Angebots wegen des Ganzen

---

7) L. 2 § 1. l. 72 pr. D. de V. O. 45, 1.
8) R.O.H.G. Bd. 21 S. 204.
9) L. 72 pr. D. de V. O. 45, 1, l. 80 § 1 D. de leg. Falc. 35, 2.
10) Vgl. l. 54 § 1 D. de V. O. 45, 1, l. 15 § 1 D. de op. libert. 38, 1.
11) Ob die Frachtbeförderung eine quantitativ teilbare Leistung ist, ist tatsächliche Frage. Ebenso die Frage, ob ein teilweise zurückgelegter Weg eine teilweise Erfüllung ist. Vgl. Strieth.Arch. Bd. 66 S. 246 ff., Bd. 71 S. 71 ff.; R.O.H.G. Bd. 4 S. 178 über zurückgelegte Teilstrecken. [Das Recht eines Bierverlegers auf den Bezug von Bier kann — nach der Absicht der Parteien — ein teilbares, wird regelmäßig aber ein unteilbares sein. R.G. 64 S. 120.
12) über die Rechtslage, wenn mehrere eine unteilbare Leistung zu schulden und wenn mehrere sie zu fordern haben — B.G.B. §§ 431 und 432 64 S. 120.]

1) Vgl. Thiesing in Das Recht 1902 S. 369: Zu § 266 und § 615 B.G.B.; Schneider das. 1903 S. 566: Teilzahlungen und Teilanerkenntnisse im Prozesse; Eccius bei Gruchot Bd. 49 S. 469, Zur Lehre von der Zurückweisung von Teilzahlungen.
2) E. I § 228; Mot. Bd. 2 S. 33; Prot. S. 611. Gewichtige Bedenken erhob Brachvogel in Kohlers Archiv Bd. 8 S. 335.

in Verzug, der Gläubiger kommt trotz der Zurückweisung nicht in Verzug.[5] Jedoch ist zu beachten:

1. Der Einwand, daß der Gläubiger aus Chikane handele (§ 226), ist zulässig.[6] Auch § 157 ist entsprechend anwendbar.[7]

2. Anderweite Vereinbarungen — bei Begründung der Obligation wie später, sind zulässig.

3. Annahme der Teilleistung steht dem Gläubiger offen und tilgt die Schuld teilweise.[8] Unter Umständen kann sie Stundung des Restes der Schuld in sich schließen,[9] ohne weiteres ist dies nicht zu unterstellen. Wegen des Nichtgetilgten bleibt der Schuldner in Verzug.

4. Klagt der Gläubiger einen Teil ein, so berechtigt er damit den Schuldner, diesen Teil zu leisten. Ergeht im Prozesse, der über das Ganze geführt wird, ein Teilurteil — Z.P.O. § 301 —, so hat der Schuldner Recht und Pflicht, die Urteilssumme zu leisten und wird bis zum geleisteten Betrage befreit.

5. Bei der Zwangsvollstreckung muß der Pfändungsgläubiger Teilzahlung aus den gepfändeten und versteigerten Gegenständen annehmen (§ 757 Z.P.O.), der Konkursgläubiger im Konkurse Zahlungen aus der Konkursmasse (K.O. § 149).

6. Durch Aufrechnung kann teilweise Befriedigung erfolgen, B.G.B. § 389.

7. Gemäß W.O. Art. 38 muß der Wechselgläubiger Teilzahlungen auf den Wechsel annehmen.

---

3) So römisches Recht; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 55 Anm. 5; A.L.R. I, 16 § 57.

4) [Unberechtigte Teilleistung liegt sowohl dann vor, wenn in der Absicht späterer Nachlieferung des Restes weniger geliefert wird, als vertraglich bedungen war, als auch dann, wenn die Lieferung des Teiles mit der Erklärung angeboten wird, daß der Rest nicht nachgeliefert werden könne oder solle, der in beiden Fällen die Leistung eine unvollständige ist. O.L.G. Hamburg vom 14. März 1905 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 33 und R.G. vom 30. Januar 1906 Recht 1906 S. 292.]

5) Da die Hinterlegung ein Surrogat der Erfüllung ist, so findet § 266 B.G.B. auf sie Anwendung. Der Gläubiger ist demgemäß berechtigt, die Verweisung auf die hinterlegte Summe abzulehnen, wenn diese das Kapital zusammen mit den bedungenen und den Verzugszinsen nicht deckt. O.L.G. Breslau vom 18. Mai 1901 Bresl.Anwaltsztg. 1901 S. 31. — Vgl. Pr.O.Trib. Bd. 50 S. 205, Bd. 52 S. 151; R.O.H.G. Bd. 25 S. 259.

6) Oertmann zu § 226.

7) Vgl. O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 33; Staudinger Anm. 2 zu § 266 und dort Angeführte.

8) O.L.G. Breslau vom 26. November 1903 im Recht 1904 S. 76 über Gegenleistung.

9) Vgl. A.L.R. I, 16 § 58. — Dagegen Kammerg. vom 22. April 1903 Bl. f. Rechtspflege i. B. d. K. 1903 S. 101.

II. Der Gläubiger seinerseits kann die ihm zustehende Forderung auch teilweise geltend machen, insbesondere Teile seiner Forderung einklagen.[10] Er ist befugt, teilweise zu kündigen, Teilbeträge abzutreten oder anderweit darüber zu verfügen.

§ 49. Leistung durch Dritte.[1]

I. In der Regel kann nicht bloß der Schuldner erfüllen. Auch Dritte sind hierzu befugt, selbst ohne Einwilligung, sowie gegen den erklärten Willen des Schuldners, § 267 Abs. 1.[2] Widerspricht jedoch der Schuldner, so darf der Gläubiger den Dritten zurückweisen, § 267 Abs. 2, er kommt also dann nicht in Annahmeverzug, vgl. A.L.R. I, 16 § 5.

Der Dritte kann den Gläubiger mit dessen Einwilligung auch in anderer Weise als durch Leistung des Schuldgegenstandes befriedigen, z. B. durch Leistung an Erfüllungsstatt oder durch Verrechnung.

II. Der Schuldner ist zur persönlichen Erfüllung gehalten, wenn diese seiner Verpflichtung nach der Verkehrsauffassung ein besonderes Gepräge gibt, z. B. bei solchen Diensten, Werkleistungen, bei welchen persönliche Eigenschaften, Zuverlässigkeit, Treue, Fleiß, Geschicklichkeit, Talent, Ruf in das Gewicht fallen.[3]

Auch die Zahlung einer Geldstrafe hat vom Verurteilten selbst auszugehen; von einem Dritten muß sie der Fiskus nicht annehmen. Denn Strafe hat der Schuldige selbst abzubüßen. Übersendung durch Gehilfen, insbesondere die Post, ist damit nicht ausgeschlossen. Daß Dritte, z. B.

---

10) Vgl. Toll in D.Jur.Ztg. 1889 S. 207, Staudinger Anm. 8 zu § 266; — Die durch die Teilklagen entstehenden Mehrkosten muß der Schuldner tragen. L.G. I Berlin vom 25. Juni 1903 Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1904 S. 5, beschränkend O.L.G. Stettin vom 13. Mai 1902 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 5 S. 41; O.L.G. Breslau vom 29. September 1902 Recht Bd. 6 S. 511. O.L.G. Posen vom 31. Oktober 1901 und vom 24. Juni 1903, das. Bd. 5 S. 171 und Jur. Mon. f. Posen 1903 S. 114. — Vgl. ferner Gruchot Bd. 44 S. 196. — Anderer Ansicht Zitelmann in Busch.Ztschr. Bd. 8 S. 276.

1) Oertmann, Die Zahlung fremder Schulden im Archiv für zib. Prax. Bd. 82 S. 367. — Weber in Not.Ztschr. f. Els.-Lothrg. Jahrg. 22 S. 129 Abtretung der Forderung bei Befriedigung des Gläubigers.

2) Der Dritte hat gegen den Schuldner Ansprüche auf Ersatz des Ausgelegten wegen unbeauftragter Geschäftsführung, wenn seine Leistung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Schuldners entsprach oder wenn die Erfüllung im öffentlichen Interesse lag oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht tilgte, §§ 679, 683. Bei Erfüllung in der Absicht zu schenken, gilt § 516.

3) Beim Dienstvertrage, § 613, dem Auftrage, § 664 Abs. 1 Satz 1, der Verwahrung, § 691, regelmäßig auch bei der Gesellschaft, § 713, gilt persönliche Erfüllung im Zweifel als gewollt.

Parteigenossen, den Verurteilten schadlos halten, läßt sich nicht verhindern.[4]

III. Die Leistung durch Dritte bezweckt nicht immer Schuldtilgung, nicht selten soll sie dem Erwerbe der Forderung durch den Erfüllenden dienen. Dann gleicht der Vorgang einem Forderungskaufe, ohne doch wahrer Kauf der Forderung zu sein.[5]

Nach A.L.R. I, 16 § 46 sollte sogar Erfüllung einer fremden Schuld in der Regel als Erwerb der Forderung ohne Abtretung gelten. Soweit ging weder das römische noch das französische Recht. Auch dem B.G.B. ist ein derartiger Satz fremd.[6] Nur unter besonderen Voraussetzungen tritt der Dritte, welcher eine fremde Schuld erfüllt, nach B.G.B. an die Stelle des Gläubigers, §§ 774, 1143, 1225.

IV. Von erheblicher Tragweite ist das Eintrittsrecht im Falle der Zwangsvollstreckung, welches § 268 auf Grund eines Beschlusses des Justizausschusses des Bundesrats anordnet. Befriedigt nämlich ein durch eine Zwangsvollstreckung in seinem Recht oder in seiner Besitzstellung bedrohter Dritter den betreibenden Gläubiger, so erwirbt er die Forderung, die er erfüllt.[7] Die Rechtfertigung dieser Vorschrift liegt im allgemeinen Interesse, Härten der Zwangsvollstreckung zu mildern und bestehende Rechte möglichst zu erhalten.

1. Erforderlich ist[8]

---

4) In dem Versprechen eines Dritten, eine Geldstrafe, die im Falle der Begehung des Delikts den Täter treffen könnte, zu zahlen, kann unter Umständen der Tatbestand des § 257 R.St.G.B. liegen, Deutsche Jurist.Zeitg. 1897 S. 450 n. 79. Bezahlung der Geldstrafe durch den Dritten ohne vorheriges Versprechen. R.G. Straff. 30 S. 232. — Eine Klage des verurteilten Täters gegen den Versprechenden auf Zahlung der Geldstrafe wäre wegen Unsittlichkeit des Vertrags abzuweisen. Eine Vereinbarung aber, daß ein Dritter dem Täter die Kosten des Strafprozesses erstatten solle, ist gültig, Deutsche Jurist.Zeitg. 1898 S. 291 n. 5.

5) Vgl. l. 36 D. de fidejuss. 46, 1, l. 76 D. de solut. 46, 3; Hartmann, Obligation S. 51; Stammler S. 202.

6) Vgl. O.L.G. Posen Jur.Monatsschr. f. Posen 1902 S. 106.

7) [Man nennt das Recht auch Ablösungsrecht. Über dieses Recht s. Weißbart: Das Befriedigungsrecht Dritter in der Zwangsvollstreckung. 1899. Neumann, Jahrb. Bd. 1 S. 173. Siber: Kompensation und Aufrechnung 1900 S. 87 ff.]

8) Anders sind die Voraussetzungen in den Fällen der §§ 1150, 1249 B.G.B. geregelt. Schon in dem Zeitpunkt, in welchem der Hypothekengläubiger Befriedigung aus dem Grundstücke verlangt, erwächst den in ihren Rechten gefährdeten Realberechtigten das Eintrittsrecht. Nicht einmal die gerichtliche Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs erfordert das Gesetz. Entsprechendes bestimmt § 1249 für das Pfandrecht. Sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist, entsteht das Eintrittsrecht für den, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht an dem Gegenstande verlieren würde.

a) daß der Gläubiger begonnen hat,[9] die Zwangsvollstreckung zu betreiben und daß diese noch nicht zu Ende geführt ist;

b) daß der Gläubiger vollständig befriedigt wird, sei es durch Erfüllung oder Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme oder durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Dritten.

c) Der Dritte hat das Recht des Eintritts nur dann, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an deren Gegenstande zu verlieren. Er muß also ein dingliches Recht[10] an ihm haben oder ein diesem entsprechendes Recht bezüglich eines Rechts, z. B. an einer Forderung.

Ein Forderungsrecht auf Übereignung der durch die Zwangsvollstreckung ergriffenen Sache reicht dagegen nicht aus.[11]

Auch ein Besitzer, welcher Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung seinen Besitz zu verlieren, hat das Eintrittsrecht.[12] Dies kommt namentlich dem Mieter und dem Pächter zugute.

2. Soweit der Dritte auf Grund seines Eintrittsrechts den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn von Rechts wegen über. Sie geht auf ihn über mit den ihr zugehörigen Rechten.

Der Dritte hat gegen den abgefundenen Gläubiger keine Ansprüche auf Gewährleistung.

Der Übergang kann nicht zum Nachteile des abgefundenen Gläubigers geltend gemacht werden. Hat dieser also nur wegen eines Teils seiner Forderung die Zwangsvollstreckung betrieben, z. B. wegen rückständiger Zinsen, so behält der Rest seiner Forderung das Vorrecht vor dem auf den Dritten übergegangenen Teile.[13]

---

9) Wann dies der Fall ist, ergibt Z.P.O. §§ 808 ff., 828 ff., sowie Zwangsversteigerungsgesetz §§ 15 ff., 146 ff., 162 ff.

10) Zu den dinglichen Rechten gehört auch die Vormerkung, vgl. Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung S. 82 unten Bd. 3 S. 181 ff. der 4. Auflage.

11) So Planck zu § 268 Ziff. 3d; anderer Ansicht jedoch Oertmann zu § 268.

12) Auch der Drittschuldner, wenn der Anspruch des Schuldners gegen ihn auf Herausgabe einer Sache gepfändet ist, Z.P.O. §§ 847, 848.

13) Weitere Beispiele bei Planck S. 58 Anm. 8 zu § 268. Hat der Gläubiger an dem Schuldschein oder anderen Urkunden über die Forderung ein besonderes Interesse, so kann er sie zurückhalten, auch wenn sie nach § 952 in das Eigentum des eintretenden Gläubigers übergegangen sind, Stammler, Schuldverhältnisse S. 411.

Zehntes Kapitel.

Ort und Zeit der Leistung.

I. Ort der Leistung.

§ 50. Die räumlichen Beziehungen der Obligationen.[1]

1. Die ältere Jurisprudenz legte, soweit Ortsbeziehungen der Obligation in Frage kamen, das Hauptgewicht auf deren Entstehungsort, d. h. den Ort, wo sich die obligationsbegründenden Tatsachen vollziehen. Das neuere deutsche Recht erachtet vorzugsweise als maßgebend den Ort, wo sich die dem Schuldner obliegende Tätigkeit zu vollenden hat, den Erfüllungsort, wie ihn die Z.P.O. §§ 29, 1005, oder den Leistungsort, wie ihn das B.G.B. § 269 nennt.

Vom Erfüllungsort ist der Bestimmungsort zu unterscheiden in den Fällen, in welchen der Schuldner seine Verpflichtung dadurch erfüllt, daß er eine Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort, an den sog. Bestimmungsort absendet.

2. Das ältere gemeine Recht erachtet den Entstehungsort als den Gerichtsstand für obligatorische Ansprüche.[2] Man sprach insbesondere vom forum contractus, doch galt Entsprechendes für Quasikontrakte und Delikte. Der Erfüllungsort trat nach der früher herrschenden Auffassung an die Stelle des Kontraktortes nur, wenn er ausdrücklich vereinbart war.

Die neuere Rechtsprechung dagegen betrachtete den Erfüllungsort als Gerichtsstand der Obligation. Ihr folgte Z.P.O. § 29.

Nach der Z.P.O. ist der Erfüllungsort Gerichtsstand der Obligationen, mögen sie auf Erfüllung, Feststellung, Aufhebung oder Entschädigung wegen Nichterfüllung gerichtet sein.[3] [4] Nur für Klagen aus den auf Messen und Märkten geschlossenen Handelsgeschäften — mit Aus-

---

1) Kerßenbohm, Der Leistungsort 1904. Leonhard (Franz), Leistungsort und Schuldort 1907.

2) Vgl. Peter bei Gruchot Bd. 24 S. 367, Oelenheinz in Archiv f. ziv. Praxis Bd. 89 S. 218 und dort Angef.

3) Deutsche Jur.Zeitg. 1898 S. 269 n. 35; Jur.Woch. 1896 S. 410 n. 7; R.G. Bd. 3 S. 385, Bd. 7 S. 340; R.G. vom 10. Februar 1905 Recht 1905 S. 164.

4) Quasikontraktliche Ansprüche z. B. aus der Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung können in dem durch § 29 Z.P.O. bestimmten Gerichtsstande nicht geltend gemacht werden, R.R. Bd. 26 S. 388; R.G. vom 16. September 1905 Gruchot Bd. 50 S. 423.

nahme der Jahr- und der Wochenmärkte — soll das Gericht des Meß- oder Marktortes nach Z.P.O. § 30 das zuständige sein.

Da die Zuständigkeit des Gerichts für die Praxis sehr erheblich ist, so beschäftigt sich die Rechtsprechung mit dem Erfüllungsorte vorzugsweise, um festzustellen, an welchem Orte die Zuständigkeit für eine Klage begründet war.

Der Erfüllungsort hat aber nicht minder auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts in der neueren deutschen Jurisprudenz die überwiegende Bedeutung gewonnen, welche der Entstehungsort früher hatte und noch jetzt in ausländischen Rechten hat.[5]

3. Auch in dem allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners können Klagen aus Obligationen angestellt werden. Der Klagantrag hat dann auf Leistung am Erfüllungsorte zu gehen; doch ist eine Klage, in der dies nicht geschieht, nicht abzuweisen. Sie führt zur Verurteilung auf Leistung am Erfüllungsorte, oder auf Schadensersatz mit Berücksichtigung des Ortsinteresses.

§ 51. Der Leistungsort nach B.G.B. Das Allgemeine.

I. Gemäß B.G.B. § 269[1] regelt sich der Leistungsort

1. nach dem besonderen Parteiwillen,

2. nach der besonderen Natur des Schuldverhältnisses. In Ermangelung dessen

3. nach dem Wohnsitze des Schuldners zur Zeit der Entstehung der Schuld, bei Gewerbeschulden nach dessen gewerblicher Niederlassung.

II. Zu beachten ist, daß der Leistungsort für die Leistungen aus demselben Schuldverhältnis keineswegs ein einheitlicher sein muß. Dieser kann

a) ein anderer für die Zinsen als für das Kapital sein, ein verschiedener für die Hauptverpflichtung und für die Vertragsstrafe[2] wie auch für Reugeld sein.[3]

---

5) Dies namentlich nach den Ausführungen von Savigny, System Bd. 8 S. 205. [Die neuere Jurisprudenz bevorzugt das Personalstatut des Schuldners.]

1) E. I §§ 229, 230; Mot. Bd. 2 S. 34; Prot. S. 612, 8411.

2) Selbstverständlich kann z. B. nach dem Willen der Beteiligten der Leistungsort der Hauptobligation auch Leistungsort für die Strafe sein, R.G. Bd. 15 S. 435.

3) Gruchot Bd. 39 S. 440; R.G. Bd. 32 S. 430.

b) Der Leistungsort für die Hauptschuld ist ferner nicht notwendig auch der für den Bürgen. Hat aber der Schuldvertrag, für den man sich verbürgt hat, einen bestimmten Leistungsort festgestellt, so gilt er auch als Leistungsort für den Bürgen.[4]

c) Der Leistungsort kann nicht minder bei einer Gesamtschuld für die einzelnen Gesamtschuldner verschieden sein, ebenso bezüglich der einzelnen Gläubiger einer Gesamtforderung.

d) Erfüllungsort für den Anspruch auf Erteilung einer Quittung oder Rückgabe des Schuldscheins nach Tilgung der Vertragsschuld ist an sich nicht der vertragsmäßige Leistungsort.[5]

e) Gegenseitige Verbindlichkeiten können einen verschiedenen Leistungsort haben. Insbesondere gilt dies für die Verpflichtung des Verkäufers und des Käufers.[6]

III. Der von den Beteiligten bestimmte Leistungsort ist bald weiter, bald enger. Er kann z. B. in einem Geschäftslokal oder der Börse sein.

Es kommt vor, daß er alternativ ist. Dann hat der Schuldner im Zweifel die Wahl, er kann aber auch von der Bestimmung des Gläubigers abhängig gemacht sein.[7] In beiden Fällen stellt ihn die Erklärung für die Regel endgültig fest.

IV. Wird es unmöglich, an dem bestimmten Leistungsorte zu leisten, z. B. in dem zur Zahlungsleistung bestimmten Geschäftslokal eines Dritten, welcher sein Geschäft aufgibt, so ist nach B.G.B. § 139 zu entscheiden, ob das Geschäft im übrigen bestehen bleibt. In der Regel wird dies der Fall sein. Die Leistung hat dann zu geschehen, wo sie, abgesehen vom bestimmten Leistungsorte, zu erfolgen hätte.

V. Die Vorschrift in § 269 B.G.B. trifft über die Stelle oder den Platz, wo innerhalb des Erfüllungsortes die Leistung zu bewirken ist, keine Bestimmung. Gebrauch und Geschäftssitte entscheiden hierüber gemäß § 242.[8]

---

4) Staudinger S. 86 R.G. Bd. 10 S. 282, Bd. 34 S. 17; Gruchot Bd. 37 S. 1181 und Bd. 44 S. 1071. — Vgl. Türck bei Gruchot Bd. 44 S. 837 und Bd. 46 S. 49; Staub das. Bd. 45 S. 219 sowie Staub, Komm. Anm. 10 zu § 372.

5) R.G. Bd. 28 S. 434; Gruchot Bd. 34 S. 1153.

6) R.G. Bd. 2 S. 121, Bd. 9 S. 351, Bd. 13 S. 411, Bd. 21 S. 11, Bd. 46 S. 193, Bd. 51 S. 163. — Der Erfüllungsort für die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten einer offenen Handelsgesellschaft ist zugleich Erfüllungsort für die nach H.G.B. § 128 erwachsenden Verpflichtungen der Gesellschafter, R.G. Bd. 32 S. 45.

7) Oben § 43. R.O.H.G. Bd. 15 S. 130.

8) Vgl. Kammerg. D.Jur.Ztg. 1903 S. 83.

§ 52. Der Leistungsort nach B.G.B. im einzelnen.[1]

I. Die Bestimmung durch die Parteien kann ausdrücklich oder aus den Umständen zu entnehmen sein.[2] Namentlich kann dies aus Verkehrsgewohnheiten erhellen, z. B. ist beim Geschäftsverkehr eines Ban-

---

1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist der einseitige Vermerk auf den über gelieferte Waren ausgestellten Rechnungen — Fakturen —, durch den ein anderer Erfüllungsort als der gesetzliche bezeichnet wird, in jedem Falle rechtlich unerheblich, namentlich genügt ihre widerspruchslose Annahme nicht dazu, ein stillschweigendes Einverständnis des Käufers anzunehmen. Denn der Käufer habe keine Verpflichtung, sich irgendwie über den nachträglichen Vorschlag des Verkäufers hinsichtlich des Erfüllungsortes zu äußern. Kann aber bei jedem einzelnen Geschäftsabschluß aus dem Schweigen des Empfängers der Rechnung kein für ihn nachteiliger Schluß gezogen werden, so solle sich dies auch bei fortgesetzten Warenbestellungen und Warenlieferungen nicht ändern. R.G. vom 28. November 1902 in Jur.Wochenschr. 1902 Beilg. 2 S. 15; R.G. vom 4. Juli 1902 in Jur.Woch. 1902 Beilage 10 S. 252; vgl. R.G. in Jur. Woch. 1886 S. 231 n. 23; 1898 S. 292 n. 47; R.G. in Holdheims Monatsschr. 1898 S. 276 und 1904 S. 224. O.L.G. Hamburg vom 11. Juni 1901 in Hanseat.Gerichtszig. Hauptbl. 1901 S. 200; R.O.H.G. Bd. 5 S. 32, Bd. 22 S. 144; Bolze Pr. Bd. 12 n. 642 Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1896 S. 88, 1899 S. 7. — Die Anschauung, daß bei jahrelang bestehender Geschäftsverbindung die Vermerke über den Erfüllungsort in den gleichförmigen übersendeten Rechnungen oder Fakturen Erheblichkeit nicht beanspruchen können, ist jedoch mit Recht nicht ohne Widerspruch geblieben. Vgl. O.L.G. Dresden vom 3. Juni 1898 Seufferts Arch. Bd. 56 S. 122 n. 70; Kammerg. vom 1. Oktober 1900 Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1900 S. 101; L.G. Heidelberg vom 11. Dezember 1901 Bad.Rechtsprax. 1902 S. 35; O.L.G. Karlsruhe vom 2. Mai 1900 Bad.Rechtsspr. 1900 S. 239. O.L.G. Dresden vom 9. März 1906 Sächs.Arch. Bd. 1 S. 232 sowie die bei Staudinger S. 87 Anm. II, 1 zu § 269 mitgeteilten Entscheidungen. Anderer Ansicht Staub S. 1423, Eccius zu § 372 Anm. 34. — Ein gedruckter Vermerk des Erfüllungsorts auf Kommissionskopien, welche erst nach Abschluß des Geschäfts erteilt werden, ist gleichfalls nicht geeignet, den Erfüllungsort zu begründen, R.G. Jur.Woch. 1901 S. 621 n. 14; O.L.G. Hamburg i. D.Jur.Ztg. 1903 S. 108; O.L.G. Karlsruhe, Bad. Rechtsprax. 1900 S. 239. Anderer Ansicht Kammergericht Bl. f. Rechtspflege i. B. d. K. 1901 S. 38, beschränkend Kammerg. Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1901 S. 52. — Hingegen ist der Erfüllungsort, der in einem Bestätigungsschreiben vermerkt ist, bindend. Denn das Bestätigungsschreiben ist dazu bestimmt, die Verabredungen des abgeschlossenen Vertrags endgültig festzulegen. Das Schweigen des Empfängers auf ein solches Schreiben gilt als Zustimmung. R.G. vom 25. Juni 1900 Sächs.Arch. Bd. 10 S. 468; Jur.Woch. 1899 S. 482 n. 4; D.Jur.Ztg. 1903 S. 456, Naumbg. Anwaltsztg. 1899 S. 97. R.G. vom 22. und 26. April 1904 Bd. 57 S. 409 und Bd. 58 S. 66. — Vgl. auch R.G. vom 30. November 1899 in Monatsschr. für Handelsr. 1900 S. 78, wo in besonderem Falle der Vermerk des Erfüllungsortes nicht für genügend angesehen wurde, weil er am Fuße des Bestätigungsschreibens in kleinem Druck angebracht war. — Der Vermerk des Erfüllungsortes auf einem dem Gegner ausgehändigten Bestellscheine ist wirksam. Kammerg. Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1902 S. 113, beschränkend Kammerg. das. S. 114. — Über die Bedeutung von Randaufdrucken, in denen der Erfüllungsort angegeben ist, in Geschäftsbriefen vgl. O.L.G. Dresden vom 9. März 1906 im Sächs.Archiv Bd. 1 S. 232. Sie haben nicht ohne weiteres dieselbe Bedeutung wie ein in den Text des Briefes eingefügter

kiers mit Kunden, welchen er Kredit eröffnet, für beide Teile das Geschäftslokal des Bankiers regelmäßig Leistungsort,[3] für den Arbeitslohn ist es die Arbeitsstätte des Arbeitgebers.[4]

Der Leistungsort kann sich aus der Beschaffenheit der Leistung mit Notwendigkeit ergeben, z. B. im Falle der Reparaturpflicht eines Gebäudes.[5]

II. Was die in zweiter Linie entscheidende Natur des Geschäfts anlangt, so geben

1. ausdrückliche Vorschriften für den Verwahrungsvertrag B.G.B. §§ 697[6] und 700. Der Verwahrer soll die hinterlegte Sache an dem Orte zurückgeben, an welchem sie aufzubewahren ist.

Ebenso hat die Vorlegung von Sachen, welche B.G.B. §§ 809 und 810 vorschreibt, an dem Orte zu erfolgen, an welchem sie sich befinden, § 811 Abs. 1.

2. Bei der Leihe soll der Entlehner die Sache gemäß § 604 nach beendetem Gebrauche zurückgeben. Hieraus ist zu schließen, daß sie dem Verleiher zu bringen ist, und zwar in der Regel nach dessen derzeitigem Wohnsitz. Jedenfalls entspricht dies der Natur dieses Geschäfts.

3. Nach römischem Rechte,[7] code civil art. 1247, dem alten H.G.B. Art. 324 Abs. 2 sollte eine bestimmte, geschuldete Sache, welche sich zur Zeit des Vertragsschlusses mit Wissen der Vertragschließenden an einem bestimmten Orte befand, in der Regel dort übergeben werden.

Eine gesetzliche Vorschrift hierüber besteht nicht mehr. Aber der

---

Satz desselben Inhalts; es kommt vielmehr darauf an, ob im einzelnen Falle der Empfänger des Briefes den in der Form des Randaufdrucks geäußerten Vertragswillen des anderen Teils als solchen erkennen mußte und durch sein Stillschweigen gebilligt hat. Vgl. insbesondere Staub S. 1423 ff.]

2) Für Vertragsobligationen begründet der Leistungsort einen Gerichtsstand, Z.P.O. § 29. Der für einzelne Forderungen bestimmte Gerichtsstand gilt auch für die Einklagung des Saldos. R.G. vom 14. März 1903 in D.Jur.Ztg. 1903 S. 249; O.L.G. Dresden in Sächs.Annal. Bd. 23 S. 502.

3) R.G. Bd. 23 S. 95; [R.O.H.G. Bd. 21 S. 290; vgl. R.G. vom 30. Oktober 1903 Jur.Woch. 1903 Beil. S. 137 n. 301: Hiernach braucht bei Einzahlungen auf Girokonto nicht der Einzahlungsort des Schuldners Erfüllungsort zu sein, sondern es wird dies regelmäßig die Girokontostelle des Gläubigers sein. Dagegen Staudinger Anm. II, 1 zu § 269].

4) Übereinstimmend: Staudinger S. 88 Anm. II, 2 zu § 269.

5) Bolze Bd. 2 n. 1429.

6) Aus § 697 folgt jedoch nicht, daß der Ort der Rückgabe auch Erfüllungsort für die Bezahlung etwaiger Vergütung ist. O.L.G. Karlsruhe Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 43.

7) L. 12 § 1 D. depositi 16, 3; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 32 Anm. 2.

Satz folgt für die Regel aus der Natur des Geschäfts. Er wird daher im Zweifel auch inskünftige gelten müssen.[8]

4. A.L.R. I, 5 § 249 betonte, daß der Berechtigte bei bloß wohltätigen Verträgen Erfüllung nur da, wo der Verpflichtete sich zur Zeit aufhält, fordern kann. Wer wollte zweifeln, daß dies „der Natur der Schenkung" entspricht, daß der Beschenkte also das Geschenk in der Regel beim Geschenkgeber abholen muß und nicht auf dessen Zusendung bestehen darf?

5. Leistungen, insbesondere Geldzahlungen auf indossabele oder Inhaberpapiere oder sonstige Präsentationspapiere sind in Ermangelung anderweiter Bestimmung in der jeweiligen Handelsniederlassung und, wenn eine solche fehlt, an dem Wohnsitze des Schuldners zu machen. Obgleich eine positive Bestimmung, wie sie das alte H.G.B. Art. 324 Abs. 2 Satz 1 traf, auch in dieser Hinsicht nicht mehr besteht, wird dies, der Natur des Schuldverhältnisses entsprechend, die Regel bleiben müssen.[9]

6. [Leistungsort für die Versicherungsprämien ist der jeweilige Wohnsitz des Versicherungsnehmers, aber er hat sie dem Versicherer zu bringen (§ 36 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag).]

7. Auch bezüglich unerlaubter Handlungen ist eine gesetzliche Vorschrift nicht getroffen.

Oft ergibt sich der Leistungsort aus der Pflicht der Wiederherstellung. Der einem Reisenden auf der Reise abhanden gebrachte Koffer ist also nicht schlechthin an dem Orte der Entfremdung zurückzustellen, vielmehr nachzusenden.

III. In letzter Linie ist der Wohnsitz[10] des Schuldners zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses maßgebend, B.G.B. § 269.

---

8) Anders Cosack, Handelsrecht S. 147: „Somit wird fortab eine individuell bestimmte Sache im Zweifel da zu übergeben sein, wo zur Zeit des Vertragsschlusses sich nicht die Sache, sondern der Geschäfts- oder Wohnsitz des Schuldners befunden hat." Oertmann zu § 269 Ziff. 1 c bemerkt, es werde zwar vielfach der Erfüllungsort dort sein, wo sich die bewegliche Sache mit Wissen der Vertragsschließenden befinde, keineswegs indessen immer, z. B. ein Buchhändler verkauft mir ein Exemplar des Cujacius, das sich zurzeit in einem Laden zu Neapel befindet. Das letztere ist richtig. Nichts anderes galt aber auch bisher. Wo nicht besondere Umstände auf einen anderen Erfüllungsort hinweisen, wird dies nach wie vor der Ort, wo die Ware mit Wissen der Beteiligten lagert, sein; vgl. auch Staudinger S. 87 Anm. II, 1 zu § 269, Staub S. 1420 Anm. 25.

9) Übereinstimmend: Staub a. a. O. Anm. 26.

10) Bei juristischen Personen gilt als Wohnsitz deren Sitz, B.G.B. § 24.

1. Der Wohnsitz ist Erfüllungsort ohne Unterschied, ob die Leistung in Geben oder Tun besteht,[11] ob sie auf Vertrag oder anderen Rechtsgründen beruht. Mehrfacher Wohnsitz begründet mehrfachen Erfüllungsort mit Wahlrecht des Schuldners.[12]

2. Der Ort der gewerblichen Niederlassung des Schuldners[13] tritt an die Stelle seines Wohnsitzes, wenn die Forderung aus seinem Gewerbebetrieb entsprang, § 269 Abs. 2.

3. Hatte der Schuldner zur Zeit der Entstehung der Schuld keinen Wohnsitz, so tritt sein damaliger Aufenthalt an die Stelle.[14]

4. Hat der Schuldner seinen Wohnsitz nach Begründung der Schuld verlegt und der Gläubiger nachweisbar kein Interesse dabei, daß an dessen ursprünglichem Wohnsitze geleistet wird, so darf der Schuldner an seinem jetzigen Wohnsitz erfüllen. Dies verlangen Treu und Glauben.[15]

IV. Gemäß Einführungsgesetz Art. 92 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind.

Nach dem preußischen Ausführungsgesetz Art. 11 sind Zahlungen aus öffentlichen Kassen, wenn nichts anderes bestimmt ist, an der Kasse in Empfang zu nehmen.

§ 53. Bestimmungsort.

I. Deutschem Gebrauch entspricht, daß der Schuldner seinem Gläubiger geschuldetes Geld zu bringen hat.

Hiernach schrieb unter anderem das A.L.R. I, 11 § 769 vor, daß der Darlehensschuldner die Rückzahlung kostenfrei an dem Orte, wo der Gläubiger zur Zeit des Vertragsschlusses wohnte, zu leisten habe. Ähnliches bestimmte der erste Entwurf § 230.

---

11) Verpflichtet sich der Schuldner zu Unterlassungen, die sich nicht auf einen bestimmten Ort beziehen, so ist § 269 B.G.B. zur Anwendung zu bringen. R.G. vom 29. April 1902 Jur.Woch. 1902 Beil. S. 239. Haben die Parteien am Ort A einen Konkurrenzausschlußvertrag unter Bestimmung einer Konventionalstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung vereinbart, so bleibt für die Klage auf Zahlung der Strafe der Ort A maßgebend, mag auch die Verletzung des Vertrags durch Errichtung eines Konkurrenzgeschäftes im Orte B eingetreten sein. R.G. v. 14. Nov. 1902 Jur.Woch. 1903 Beilg. 1 S. 5. — Vgl. R.G. Bd. 51 S. 312.

12) Oertmann zu § 269 Ziff. 1 d; Staub S. 1419 Anm. 23; Planck Anm. 4 zu § 269.

13) Über den Begriff der gewerblichen Niederlassung, der hier nicht zu erörtern ist, vgl R.G. Bd. 2 S. 386 und dort Angeführte.

14) Motive Bd. 2 S. 34 ff.; Oertmann zu § 269 Anm. 3; vgl. Z.P.O. § 16.

15) Übereinstimmend: Staub S. 1420 Anm. 24; Staudinger Anm. II, 5 zu § 269; teilweise abweichend: Planck Anm. 2 zu § 269.

Aber schon das alte H.G.B. Art. 325 bestimmte, daß dem Gläubiger das geschuldete Geld an dessen Handelsniederlassung und eventuell dessen Wohnsitz zu übermachen sei, daß hierdurch aber der Erfüllungsort nicht geändert werde. Dem folgt das B.G.B. § 270 entsprechend den Beschlüssen der zweiten Kommission.

1. Demgemäß hat der Schuldner geschuldetes Geld im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten[1] dem Gläubiger nach dessen Wohnsitz, oder bei Forderungen aus einem Gewerbebetriebe des Gläubigers nach dessen gewerblicher Niederlassung zu übersenden,[2 3 4] § 270 Abs. 1 und 2.

2. Hierunter ist Wohnsitz sowie Niederlassung zur Zeit der Erfüllung, keineswegs derjenige zur Zeit der Entstehung der Schuld verstanden.

Der Gläubiger hat aber im Falle der Verlegung die Mehrkosten der Versendung und, wenn sich die Gefahr erhöht, die volle Gefahr zu tragen, § 270 Abs. 3.

3. Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt, § 270 Abs. 3.

Es ist also Bestimmungsort und Leistungsort verschieden.

Nach dem letzteren richtet sich insbesondere der Gerichtsstand.[5] Ist ferner das Geld zu bestimmter Zeit geschuldet, so genügt die rechtzeitige Absendung, um den Verzug auszuschließen.[6]

Auch für die Währung soll im Zweifel nach H.G.B. § 361 der vertragsmäßige Erfüllungsort gelten. Nach Lage des Falles wird aber der Bestimmungsort nicht selten als maßgebend zu erachten sein.

---

1) Also auch das Bestellgeld, s. bei Staub S. 1433 f. Anm. 58.

2) Vgl. Schönfeld im Recht 1902 S. 393. Die Verteilung der Beweislast beim Verlust einer Geldsendung. — Dazu Beer das. 1902 S. 504.

3) Da dies nur „im Zweifel" gilt, so sind die oben § 52 unter II aufgeführten Fälle nicht betroffen. [Findet § 270 auch auf die Geldsendung zum Zwecke der Erfüllung eines Darlehnsversprechens — pactum de mutuo dando — Anwendung? Nein, da die Natur des Rechtsverhältnisses entgegensteht. Die Geldsendung ist hier nicht Geben, sondern Tun (Abschluß des Darlehnsvertrags). Vgl. hierzu Staub S. 1432 Anm. 50 und Staudinger Anm. 2 zu § 270.] Ebensowenig gehören Fälle, in welchen Geld als Spezies zurückzugewähren ist, hierher, Strieth.Arch. Bd. 78 S. 178; Staub S. 1432 Anm. 49.

4) Die Schuld der Wechselregreßverpflichteten ist eine Bringschuld. Eine Präsentation zur Zahlung schreibt die Wechselordnung nur gegenüber dem Akzeptanten vor, während eine gleiche Vorschrift gegenüber den Regreßpflichtigen nicht besteht, da hier vielmehr lediglich die Notifikation durch Art. 45 W.O. vorgesehen ist. O.L.G. Frankfurt a. M. O.L.G. Bd. 3 S. 44.

5) Gleiches gilt für das internationale Privatrecht. S. oben § 50 Anm. 5.

6) O.L.G. Breslau vom 27. November 1906 Recht 1906 S. 1435.

II. Bestimmungsort und Leistungsort sind ferner verschieden bei dem Versendungsverkaufe — Distanzverkaufe —, von welchem B.G.B. § 447 handelt. Darüber beim Kauf.

II. Zeitliche Beziehungen der Obligationen.

§ 54. Entstehungszeit und Erfüllungszeit.

I. Die Obligation entsteht mit der rechtlichen Bindung des Schuldners. Von da an datiert sie. Hiernach datieren betagte Obligationen von der Zeit des Vertragsabschlusses an, ebenso bedingte, falls die Bedingung eintritt;[1] nicht anders ist es, wenn die Leistung durch einen der Vertragschließenden — § 315 — oder einen Dritten — § 317 — noch näher zu bestimmen war, und wenn eine Genehmigung des Rechtsgeschäfts erforderlich ist und erteilt wird, sei es durch Private sei es durch das Gericht, § 184.

Die Entstehungszeit der Obligation kann in das Gewicht fallen für die Frage, was an Zubehör, z. B. der Kaufsache, zu leisten ist, vgl. § 314. Sie ist ferner die Grundlage für die Anfechtungsklage verkürzter Gläubiger. Sie bestimmt, welche Forderungen des Gemeinschuldners zu seiner Konkursmasse nach § 1 der Konk.O. gehören. Sie ist maßgebend für die Entscheidung, welches Gesetz bei einer Veränderung der Gesetzgebung anzuwenden ist, insbesondere also auch für die Auslegung des Art. 170 des Einf.Ges.[2]

II. Die Erfüllungszeit — wie Konk.O. § 17 Abs. 2 und § 18 Abs. 2 sich ausdrückt — oder nach dem Sprachgebrauche des B.G.B. die Leistungszeit ist eingetreten, wenn der Gläubiger die Erfüllung verlangen kann.

1. Die Erfüllungszeit fällt mit der Entstehung der Obligation zusammen, sofern sie nicht durch gesetzliche Vorschrift[3], oder nach der Natur der geschuldeten Handlung oder durch Willenserklärung der Beteiligten hinausgeschoben ist, B.G.B. § 271 Abs. 1.[4]

Ist die Erfüllungszeit eingetreten, so ist die Schuld fällig, §§ 272, 291, 609.

---

1) B.G.B. § 158 steht nicht entgegen. Vgl. oben Bd. 1 § 150 bei Anm. 3. Staub S. 1419 Anm. 21.

2) Vgl. oben § 1.

3) Vgl. §§ 295, 296, 551, 584, 604, 608, 609, 614, 641, 699, 719, 721, 760, 1361, 1710, 2176—2179, 2186. Vgl. auch §§ 595, 596.

4) Vgl. l. 14 D. de R. J. 50, 17: in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.

2. Ob der Schuldner berechtigt ist, die geschuldete Leistung auch vor ihrer Fälligkeit zu bewirken, muß in erster Linie nach der Natur des Geschäfts und der Absicht der Vertragschließenden beurteilt werden.

Hiervon abgesehen, galt nach A.L.R. I, 5 § 241 der bedungene Verfalltag als im Interesse beider Teile zugefügt; dagegen erachtete ihn das römische und gemeine Recht im Zweifel nur als im Interesse des Schuldners bedungen.[5] Dem römischen Rechte folgt B.G.B. § 271 Abs. 2. Der Schuldner darf also im Zweifel die Leistung auch vor der Fälligkeit bewirken.

Dies wird noch besonders für den Fall des unverzinslichen Darlehens bestimmt, § 609 Abs. 3, woraus sich aber ergibt, daß der Schuldner ein verzinsliches Darlehen gegen den Willen des Darlehengläubigers nicht vor der Fälligkeit zurückzahlen darf.

3. Es kann bedungen sein

a) daß an einem künftigen Termin oder von einem Termin ab zu leisten sei, oder

b) daß innerhalb eines Zeitraumes erfüllt werden soll. Der Gläubiger kann dann erst — abgesehen von Z.P.O. §§ 257, 259 — nach dessen Ablauf klagen.

In beiden Fällen darf der Schuldner im Zweifel nach seinem Belieben vor der Fälligkeit erfüllen.

4. Die Zeit der Erfüllung kann von vornherein bestimmt gedacht sein, während der Ausdruck zu Zweifeln darüber, was gewollt war, Veranlassung gibt. Dann wird in der Regel die Verkehrssitte des Ortes der Leistung zu entscheiden haben. Nach H.G.B. § 359 Abs. 1 gilt bei Handelsgeschäften der Handelsgebrauch dieses Ortes im Zweifel, falls als Leistungszeit das Frühjahr oder der Herbst oder ein in ähnlicher Weise bestimmter Zeitpunkt vereinbart ist; nach Abs. 2 sollen bei einer vereinbarten Frist von acht Tagen im Zweifel volle acht Tage zu verstehen sein. Man wird dies als Anhaltspunkt auch bei Geschäften des bürgerlichen Rechtes zu beachten haben.

5. Es kommt vor, daß die Zeit der Leistung von der Gestaltung der Zukunft abhängig gemacht wurde. Die Leistungszeit ist dann nach § 242 mit Rücksicht auf die Umstände und die Verkehrssitte im Streitfalle richterlich zu bestimmen.

---

5) L. 38 § 16, l. 41 § 1, l. 137 § 2 D. de V. O. 45, 1. — „Diei adjectio pro reo est."

Die Abrede, daß der Schuldner „nach seiner Bequemlichkeit, wie es ihm passe", Zahlung leisten könne, nötigt keineswegs den Gläubiger, so lange zu warten, bis der Schuldner ohne die geringste Unbequemlichkeit aus Ersparnissen zahlen kann. Er darf dann nur nicht in übereilter, gefährdender Weise gedrängt werden.[6] Ist dem Schuldner gestattet, „nach seinem Belieben" zu leisten, so tritt die Fälligkeit der Schuld äußersten Falles mit dessen Tode ein.[7] Entsprechendes ist in § 2181 für Vermächtnisse vorgeschrieben, falls die Zeit der Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist.

6. Die Leistung muß zu passender Stunde angeboten und verlangt werden.

Nach H.G.B. § 358 kann bei Handelsgeschäften die Leistung nur innerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeit angeboten und gefordert werden. Dies muß auf andere Betriebe mit Geschäftsstunden entsprechende Anwendung finden.[8] Die Stunden, welche verkehrsüblich der Ruhe und Erholung gewidmet sind, sind auch hiervon abgesehen regelmäßig als unpassende ausgeschlossen.

§ 55. Kündigung.[1]

I. Die Kündigung ist die einseitige, empfangsbedürftige Erklärung eines bei einem Rechtsverhältnisse Beteiligten an den andern Teil, daß das Rechtsverhältnis beendigt oder daß eine Forderung fällig sein soll.[2]

1. Die Kündigung kann sich beziehen auf ein dauerndes, fortlaufende Verpflichtungen erzeugendes Schuldverhältnis, dessen Beendigung sie bezweckt. So beendigt sie Auftragsverhältnisse, Gesellschaften, Dienst- und Arbeits-, Miet- und Pachtverhältnisse, welche auf unbestimmte

---

6) R.O.H.G. Bd. 3 S. 185; Bolze Bd. 12 n. 278.

7) Vgl. R.G. Bd. 28 S. 176, Bd. 40 S. 199 (Besserungsschein); R.O.H.G. Bd. 2 S. 285; Strieth.Arch. Bd. 9 S. 355, Bd. 58 S. 283; Bolze Bd. 3 n. 467; A.L.R. I, 5 § 238; L.G. Mainz in Hess. Rechtspr. 1902 S. 78; Seufferts Arch. Bd. 47 n. 100; Mot. II S. 38; vgl. auch B.G.B. § 251.

8) Vgl. Bolze Bd. 12 n. 277 bezüglich des Verkehrs mit staatlichen Kassen. Siehe auch Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 311 n. 59. — Wechselproteste sind in Preußen zwischen 9 Uhr vorm. und 6 Uhr abends zu erheben. Ges. v. 1. Juni 1904.

1) Immerwahr, Die Kündigung 1898; Thiele, Die Kündigung im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 89 S. 85; Schönfeld in Das Recht 1902 S. 367: Der Übergang der Kündigungsbefugnis.

2) Über das Recht zur Kündigung der hypothekarisch versicherten Forderung infolge Verschlechterung des Grundstücks siehe § 1133 und unten Bd. 3.

Zeit eingegangen waren, wie auch auf bestimmte Zeit eingegangene Verhältnisse dieser Art aus Gründen kündbar sind.[3]

2. Häufig ist ferner die Fälligkeit einer Forderung abhängig von einer Kündigung. Dies kann Folge der Parteiverabredung sein. Es wird z. B. bei sog. Zeitkäufen nicht selten der Tag, an welchem der Verkäufer innerhalb der festgesetzten Frist zu liefern und der Käufer zu zahlen hat, durch eine Kündigung festgestellt. Die Kündigung kann auch gesetzliches Erfordernis der Fälligkeit sein; namentlich ist nach B.G.B. § 609 die Pflicht zur Rückzahlung eines Darlehens auf unbestimmte Zeit an den Ablauf einer Kündigungsfrist geknüpft.

Ein Wechsel, auch ein eigener, kann nicht auf Kündigung oder nach Kündigung gestellt werden. Ähnliche Zwecke verfolgt jedoch die zugelassene Klausel „auf Sicht", beziehungsweise „nach Sicht", welche die Fälligkeit von Vorzeigung des Wechsels abhängig macht.

II. Es genügt regelmäßig außergerichtliche und selbst mündliche Kündigung. Sie kann durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers erfolgen, B.G.B. § 132. Sie kann mittels Klage geschehen.[4] Auch in einer Aufrechnung kann sie liegen.[5]

a) Die Kündigung ist davon abhängig, daß sie dem Gekündigten oder einem zur Empfangnahme derartiger Mitteilungen legitimierten Vertreter zukam. Wer sich aber der Zustellung der Kündigung schuldhafterweise entzogen hat, haftet, wie wenn sie ihm zugekommen wäre, da er die Folgen seines Verschuldens nicht auf den anderen Teil abwälzen kann.[6]

b) Die Kündigung wirkt bald unmittelbar, bald erst nach Ablauf einer gewissen Frist. Nicht selten beruhen die Fristen auf gesetzlicher Verfügung. Häufig wird die Frist gerechnet von gewissen feststehenden Zeitpunkten an. Dies gilt z. B. von den Kündigungsfristen bei gemieteten Wohnungen, § 565, und Diensten, § 621.

c) Die Kündigung enthält eine Verfügung über die Forderung, deren Gestalt sie verändert. Sie kann daher gültigerweise nur erfolgen von dem Forderungsberechtigten, beziehungsweise dem Schuldner und deren legitimierten Vertretern.[7] Der Geschäftsunfähige ist zur Kündigung

---

3) Vgl. § 624.

4) Vgl. R.G. vom 20. Dezember 1902 in Centralbl. f. freiw. Ger. Jahrgang 3 S. 621.

5) R.G. Bd. 17 S. 150.

6) Vgl. A.L.R. I, 4 § 105; Strieth.Arch. Bd. 87 S. 370 ff. [Heutiges Recht behandelt die auch sonst interessante Entsch. des R.G. Bd. 58 S. 406 und von Bluhme in Iherings Jahrb. Bd. 51 S. 1 ff., vorher Titze ebendas. Bd. 47 S. 445.]

7) Vgl. über die Kündigung durch einen Bevollmächtigten § 174 B.G.B.

nicht befugt, der beschränkte Geschäftsfähige nur mit Einwilligung des Vertreters, vgl. § 111, der Ehemann bei eingebrachten Forderungen nur mit Zustimmung der Frau, § 1375.

d) Die Kündigung muß, um wirksam zu werden, unbedingt sein. Eine bedingte und eventuelle Kündigung ist der Regel nach nicht wirkungsfähig.[8]

e) Der Gläubiger, welcher zur Kündigung der ganzen Forderung befugt ist, ist auch zur Kündigung eines Teiles der Forderung berechtigt.

f) Die Kündigung löst das Verhältnis derart, daß sich fortan auch der Gekündigte auf sie berufen kann. Die gegen den Hauptschuldner eingelegte Kündigung bringt die Schuld auch gegen den Bürgen zur Fälligkeit, um der akzessorischen Natur der Bürgschaft willen.[9]

§ 56. Fixgeschäfte.

I. Die Erfüllungszeit kann verschiedene Bedeutungen haben.

Häufig steht sie nur in zweiter Linie. Das wichtigste für den Gläubiger ist dabei, daß die Schuld erfüllt wird; die Rechtzeitigkeit der Leistung ist nicht derart wesentlich, daß sie im Falle der Verspätung jedes Interesse für den Gläubiger verliert. So verhält es sich namentlich bei Geldschulden.

Der Gläubiger hat dann, wenn der Schuldner in Verzug gerät, nur das Zögerungsinteresse neben der Erfüllung zu beanspruchen. Bei zweiseitigen Verträgen leidet dies freilich erhebliche Einschränkung, da hierbei nach § 326 dem Verletzten das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder zum Rücktritte vom Vertrag erwachsen kann.

II. Die Erfüllungszeit kann derart wesentlich sein, daß die Leistung ohne deren Einhaltung dem Vertrage nicht entspricht. Dies kann sich ohne weiteres aus Inhalt und Zweck des Geschäftes ergeben, z. B. im Falle des Kaufes eines Tribünenbillets zu einem Aufzuge, welches nach dem Vorbeimarsche wertlos ist.[1]

---

8) Vgl. Planck Anm. 2 c zu § 564 mit ausf. Literaturnachweis. R.O.H.G. Bd. 4 S. 341. — Zulässig sind jedoch solche Bedingungen, deren Erfüllung im Belieben des Gekündigten zur Zeit der Kündigung steht; denn wenn der Gekündigte selbst in der Lage ist, die Bedingung zu erfüllen, kann von einer Ungewißheit auf seiner Seite keine Rede sein. Aus dem Gesichtspunkt der Ungewißheit sind aber der Regel nach bedingte und eventuelle Kündigungen unzulässig. O.L.G. Braunschweig in Seufferts Arch. Bd. 57 S. 100 n. 60.

9) Gruchot Bd. 3 S. 211.

1) Vgl. über derartige Fixgeschäfte des täglichen Lebens, bei denen im Falle nicht pünktlicher Lieferung der Rücktritt nach den Grundsätzen über Treu und Glauben als vereinbart gilt, Staub 8. Aufl. S. 1278, Exkurs zu § 359 Anm. 39.

Die Erfüllung zur bedungenen Zeit kann auch, abgesehen von derartigen Fällen, durch den Schuldvertrag zu einer wesentlichen Eigenschaft der Leistung gemacht werden. Dies wieder in verschiedener Weise:

1. Die Erfüllungszeit wird mit einem gewissen Spielraume festgesetzt, also ohne genaue Feststellung des Tags oder gar der Stunde, z. B. durch die Klausel bei offener Schiffahrt oder anfangs des Monats.[2]

2. Es wird vereinbart, daß die Leistung genau zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist erfolgt.[3] Dies sind die sog. Fixgeschäfte.[4 5]

a) Der Wille des Fixgeschäfts, daß pünktliche Einhaltung des Termins wesentlich ist, muß sich mit Sicherheit ergeben.[6] Wie dieser Wille erhellt, ist gleichgültig. Er ist unzweideutig erklärt durch die sog. kassatorische Klausel (Verwirkungsklausel), des Inhalts, daß der Verkäufer bezw. Käufer nur gebunden sind, wenn der andere Teil am bestimmten Tage oder bis zur bestimmten Stunde erfüllt. Die Ausdrücke „fix, genau, prompt, spätestens bis, präzis" können in Verbindung mit der Gesamtlage auf ein Fixgeschäft hinweisen. Selbst ohne solche Ausdrücke kann es aus den Umständen deutlich werden, daß der festgesetzte Termin ein fixer sein soll, wenn es sich um den Zeitkauf eines Spekulationspapiers mit rasch veränderlichen Kursen handelt.[7 8] Ein Geschäft,

---

2) R.O.H.G. Bd. 11 S. 432. Andere Beispiele „Ende der Zuckerfabrikkampagne", „bis spätestens Ende August", R.O.H.G. Bd. 7 S. 386, Bd. 9 S. 407.

3) Das Reichsgericht führt aus: „Zur Annahme eines Fixgeschäfts genügt noch nicht, daß die Leistung zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Frist bewirkt werden solle. Es muß aus Wortlaut, Natur des Geschäftes oder begleitenden Umständen erkennbar sein, daß die Einhaltung der Zeit oder Frist ein wesentlicher Bestandteil der Leistung sein soll, wie im Falle des § 376 H.G.B." — R.G. vom 14. Mai 1902 bei Gruchot Bd. 46 S. 904.

4) Analog den Fixgeschäften behandelt ein Kaufgeschäft über zu verschiffende oder schwimmende Ware mit bestimmter Abladezeit R.O.H.G. Bd. 24 S. 194.

5) Die Vereinbarung bestimmter Abgangszeit der verkauften Ware begründet kein Fixgeschäft. O.L.G. Jena vom 18. Juni 1900 Bl. f. Rechtspfl. in Thüring. Bd. 27 S. 342. — Vgl. R.O.H.G. Bd. 3 S. 220, Bd. 24 S. 194; R.G. Bd. 30 S. 59; Seufferts Arch. Bd. 49 n. 35; O.L.G. Breslau Recht 1902 S. 587.

6) R.G. vom 14. Mai 1902 D.Jur.Zeit. 1902 S. 393 und Bd. 51 S. 347.

7) R.O.H.G. Bd. 8 S. 236, Bd. 16 S. 292. Die Tatsache allein, daß die Ware im Preise sehr schwankt, genügt nicht zur Annahme eines Fixgeschäfts. R.O.H.G. Bd. 7 S. 260, Bd. 9 S. 409, Bd. 13 S. 169; R.G. Bd. 36 S. 85; ebensowenig das Hinzutreten des Umstandes, daß die zu liefernde Ware zur Anfertigung von Modeartikeln bestimmt ist, R.O.H.G. Bd. 13 S. 169.

8) Es genügt nicht, daß ein Teil oder beide Teile erhebliches Interesse an der rechtzeitigen Erfüllung haben, R.O.H.G. Bd. 11 S. 237, Bd. 13 S. 169 und 435.

welches ursprünglich nicht Fixgeschäft war, kann solches durch Abrede der Parteien später werden, namentlich durch Prolongation unter Zufügung eines präzisen Erfüllungstags.

b) Die Fixgeschäfte haben rechtliche Besonderheiten. Namentlich ist nach B.G.B. § 361 bei einem gegenseitigen Vertrage, welcher ein Fixgeschäft bildet, im Zweifel anzunehmen, daß der Teil, an welchen die Leistung geschehen sollte, zum Rücktritte berechtigt ist, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt.

Das Besondere liegt darin, daß hierbei *Verzug des Schuldners nicht erforderlich ist.*

Hierauf beruhen auch die Vorschriften des H.G.B. § 376 über fixe Handelskäufe.[9] Ihnen ist aber zu eigen, daß der Gläubiger Erfüllung nur dann beanspruchen kann, wenn er sofort nach Ablauf der Zeit oder der Frist dem Gegner *anzeigt*, daß er trotz Ablaufs der Frist auf Erfüllung bestehe.

c) Als eine Unterart der Fixgeschäfte waren nach dem Börsengesetze vom 22. Juni 1896 § 48 die *Börsentermingeschäfte* über Waren oder Wertpapiere anzusehen. [Dasselbe gilt nach dem neuen Börsengesetze vom 8. Mai 1908, obwohl dieses eine Begriffsbestimmung nicht gibt.]

Elftes Kapitel.

Zurückbehaltungsrecht.[1]

§ 57. Die Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts.

I. Billigkeit schuf in Rom das Zurückbehaltungsrecht, welches durch die sog. exceptio doli generalis geltend gemacht wurde. Richterliches Ermessen, Präjudizien und die Besonderheit des gegebenen Falles ent-

9) Vgl. dazu die erschöpfenden Ausführungen bei Staub Anm. 1 ff. zu § 376.

1) Dernburg, Kompensation 2. Aufl. S. 365, „Kompensation und Retention"; Goldschmidt, Handelsrecht 1. Aufl. Bd. 1 S. 962 und dort Angeführte. Über das B.G.B. vgl. Petrazycki, Einkommen Bd. 2 S. 517; Simon in Jurist. Monatsschrift f. P. 1898 S. 65 ff. „Zurückbehaltungsrecht nach B.G.B.". Du Chesne in Sächs.Arch. Bd. 9 S. 686: Steht dem Dienstherrn an den eingebrachten Sachen ein Zurückbehaltungsrecht zu; Sinzheimer in Gewerbeger. 5. Jahrg. 1900 Sp. 137—141 Zurückbehaltungsrecht an Lohnforderungen siehe Rohs in Jur.Wochenschr. 1902 S. 602 Lohnanspruch aus Zurückbehaltungsr.; Wallroth in Arch. f. bürgerl. R. Bd. 24 S. 250; Meyer in Seufferts Bl. f. Rechtsanwdg. 1903 S. 6; ferner Jäger in Annalen des Deutsch. Reichs 1903 Heft 2: Hat der Rechtsanwalt im Konkurse seines Klienten ein Zurückbehaltungsrecht an den Handakten; Rünger in D.Jur.Ztg. 1903 S. 542 hat der Gerichtsvollzieher ein Zurückbehaltungsr. an den zuzustellenden Schriftstücken wegen nicht gezahlter Gebühren; Trautmann in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1903 S. 109, ferner Hellwig in Das Recht 1903 S. 169; Neukamp in

schieden über dessen Anwendung. Generelle Regelung blieb den Römern fremd.

Dies Zurückbehaltungsrecht ist die Befugnis, eine geschuldete Leistung zu verweigern, bis dem Schuldner eine ihm von der Gegenseite gebührende Leistung zuteil wird.[2]

Es ist also ein Hilfsrecht[3] zur Sicherung des Gegenanspruchs des Schuldners, zugleich aber ein indirektes Zwangsmittel zu dessen Verwirklichung.

Eine Abtretung dieses Rechts ohne das Hauptrecht ist undenkbar. Mit dem Hauptrecht aber ist es abtretbar. Handelt es sich um zurückbehaltene Sachen, so müssen sie dem Zessionar übergeben werden, vgl. §§ 401 und 402.

II. Das B.G.B. §§ 273[4] und 274 hat das Zurückbehaltungsrecht in weitem Umfang anerkannt. Im einzelnen ist hervorzuheben:

1. Das Zurückbehaltungsrecht steht der Forderung auf Leistung entgegen, gegen eine Feststellungsklage kann es nicht geltend gemacht werden.

Es besteht nicht bloß in der Befugnis, eine Sache zurückzuhalten, die man in Gewahrsam hat, worauf A.L.R. I, 20 § 536 das Zurückbehaltungsrecht zu beschränken suchte.[5] Das B.G.B. gibt vielmehr das Recht, Leistungen jeder Art zu verweigern, bis die Gegenleistung geschah, also nicht bloß die Herausgabe von Sachen, sondern auch Handlungen, z. B. Erteilung einer Löschungsbewilligung oder Dienste und selbst bloße Unterlassungen.[6]

Ztschr. f. Sozialwissenschaft Jahrg. 6 Heft 4; Sinzheimer daselbst Heft 8 bis 10; Sinzheimer in Ztschr. Das Recht 1903 S. 426; Fuld in Seufferts Bl. f. Rechtsanwdg. Jahrg. 66 S. 77 u. 101; Thode in D.Jur.Ztg. 1901 S. 304; Francke in Bl. für Rechtspfl. i. Türing. Bd. 28 S. 1; Neumann das. Bd. 49 S. 164; Schmelzle in Seufferts Bl. f. Rechtsanwdg. Jahrg. 66 S. 289 u. 305; Löwenbach in Das Recht 1901 S. 586; Baum in Bl. f. Rechtspfl. i. Bez. d. K. 1902 S. 45; Barkow das. 1903 S. 73; Pappenheim in D.Jur.Ztg. 1902 S. 86 über Lohn und Aufrechnung; Rech, Das Rechtsverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der Konnexität und dem Zurückbehaltungsrecht 1904; Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht 1904; Wolff im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 26 S. 315.

2) Eine besondere Art des Zurückbehaltungsrechts bildet die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Davon bei den gegenseitigen Verträgen.

3) Vgl. oben § 38.

4) E. I §§ 233 ff.; Mot. Bd. 2 S. 40 ff.; Kom.Prot. Bd. 1 S. 310.

5) Vgl. jedoch R.G. Bd. 21 S. 287 ff.

6) Hierauf sollte die gegenüber dem ersten Entwurfe geänderte Fassung „verweigern" statt „zurückbehalten" hinweisen, vgl. Planck S. 64; Staudinger Anm. 2 zu § 273 und dort Angef.

2. Der Gegenanspruch des Zurückbehaltenden muß eine Forderung, und zwar in der Regel eine klagbare sein.[7] Auch in einem Anspruch auf Sicherstellung kann er bestehen. Er muß fällig, also unbedingt und unbetagt sein, § 273 Abs. 1. Richterliche einstweilige Verfügungen können aus besonderen Gründen Zurückbehaltung auch wegen nicht fälliger Ansprüche verstatten, Z.P.O. §§ 935, 938.

Nicht erforderlich ist grundsätzlich Liquidität und Gleichartigkeit des Gegenanspruchs.[8] [9]

Daß man um geringer Ansprüche willen nicht übermäßig die Zurückbehaltung ausdehnen darf, ergibt die Natur des Rechts als eines Ausflusses der Billigkeit, vgl. § 320 Abs. 2 sowie § 226.[10]

3. Das Recht des Klägers und der Gegenanspruch des Beklagten müssen, wie man gemeinrechtlich lehrte, konnex sein, d. h. die Ansprüche müssen eine natürliche oder auf dem Parteiwillen beruhende Einheit bilden.[11]

a) § 273 verlangt in diesem Sinne, daß die Ansprüche auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. Hiermit ist gemeint, daß es sich nach der Auffassung des Verkehrs und Treu und Glauben um innerlich Zusammengehöriges, „ein einheitliches Lebensverhältnis" handelt.[12]

---

7) Ebenso Simon a. a. O. Goldschmidt a. a. O. S. 972 und die Motive nehmen das Gegenteil an. Dies ist als Grundsatz unannehmbar. Eine Spiel- oder Wettschuld, ein Anspruch auf Ehemäklerlohn kann ein Zurückbehaltungsrecht nicht rechtfertigen. Ebensowenig eine verjährte Gegenforderung. Ebenso Planck Anm. 2 a α zu § 273; And. Anf. bezüglich der verjährten Forderung Staudinger Anm. I, 1 d zu § 273. [Allein die verjährte Forderung ist unerzwingbar, und § 223 läßt das Zurückbehaltungsrecht unerwähnt.]

8) Anders A.L.R. I, 20 § 541.

9) Das Zurückbehaltungsrecht kann noch in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden, Gruchot Bd. 37 S. 1109; R.G. Bd. 8 S. 364, Bd. 15 S. 421.

10) O.L.G. Breslau Recht 1904 S. 165; vgl. R.G. vom 20. Juni 1905 Entsch. Bd. 61, 133 und R.G. vom 19. Januar 1906; Holdh. Monatsschr. 1906 S. 278 und Jur. Woch. 1906 S. 545.

11) Goldschmidt a. a. O. 974.

12) R.G. Bd. 14 S. 233; R.G. 68, 32 für neues Recht; Planck zu § 273 Ziff. 2 a; Oertmann § 273 Ziff. 2 am Schlusse. — Mit Recht ist in der Rechtsprechung angenommen: Unter demselben rechtlichen Verhältnisse ist nicht nur ein bestimmtes einzelnes rechtsgeschäftliches Verhältnis zu verstehen, aus dem Leistung und Gegenleistung in gegenseitiger Bedingtheit geschuldet werden. Vielmehr fällt darunter auch die natürliche, gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses. O.L.G. Hambg. i. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 354; O.L.G. Karlsruhe daselbst Bd. 3 S. 355; R.G. vom 26. Januar 1904 Bd. 57 S. 6 sowie R.G. vom 29. Juni 1906, Holdh. Monatsschr. 1906 S. 280.

Das Zurückbehaltungsrecht greift aber nicht ein, wenn dadurch die mit dem Anspruche beabsichtigten Zwecke unbilligerweise vereitelt werden. Der Beauftragte z. B., welchem Rechnungsablegung obliegt, darf diese nicht vertagen, bis ihm der Ersatz von Aufwendungen, die er behufs Ausführung des Auftrags machte, zuteil wurde. Wer die Pflege und Fütterung eines Pferdes übernahm, kann diese nicht einstellen, wenn ihm die letztfällige Wochenvergütung hierfür nicht berichtigt wurde.[13]

Das Zurückbehaltungsrecht bildet also nur die Regel. In jedem einzelnen Falle ist zu prüfen, ob es mit dem Wesen der betreffenden Schuld vereinbar ist. So mit Recht Planck zu § 273 Anm. 2a.[14] [15] [16]

b) Auch dann findet laut § 273 Abs. 2 das Zurückbehaltungsrecht Anwendung, wenn dem zur Herausgabe eines Gegenstandes Verpflichteten ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines durch diesen verursachten Schadens zusteht. [Von der Voraussetzung der Konnexität ist hier abgesehen, und mit dem Worte Gegenstand ist gesagt, daß auch Forderungen gemeint sind. Ob der Gegenstand dem Schuldner gehört oder nicht, macht keinen Unterschied.]

Der Hauptfall ist das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers einer Sache wegen der auf die Sache gemachten Verwendungen gegenüber dem Eigentumsanspruche, §§ 1000 ff.

Hat indessen der zur Herausgabe Verpflichtete den Gegenstand mittels einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung erlangt, z. B. durch

---

13) Petrazycki, Einkommen Bd. 2 S. 520. S. dazu auch § 383 Abs. 1 Satz 2; vgl. Staudinger S. 96. [Regelmäßig darf auch der Handlungsreisende die Musterſammlung seines Prinzipals wegen fälliger Ansprüche nicht zurückhalten, weil durch den Dienstvertrag ein Abhängigkeitsverhältnis des Reisenden begründet und er daher im allgemeinen den Anweisungen des Prinzipals zu folgen verpflichtet ist so mit Recht: O.L.G. Colmar Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 350.]

14) Besonders gewährleistet das Zurückbehaltungsrecht der Handakten dem Rechtsanwalte bis zum Empfange seiner Auslagen und Gebühren die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 § 32 Abs. 1, vgl. Bl. für Rechtspfl. 1897 S. 77. Abwendung durch Sicherheitsleistung muß nach § 273 Abs. 3 Platz greifen.

15) Zurückbehalten darf man auch Dinge ohne Verkaufswert, z. B. Orden, Legitimationspapiere. Zurückbehaltung der Quittungskarten der Alters- und Invalidenversicherung untersagt und stellt unter Strafe, Invalidenversicherungsgesetz vom 13. Juli 1899, §§ 139, 181 Ziff. 4.

16) Der Bevollmächtigte darf die Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht nicht zurückhalten, § 175. Der Mieter eines Grundstücks, § 556, nicht minder der Pächter, § 581, darf es wegen seiner Ansprüche gegen Vermieter und Verpächter nicht zurückhalten. Dagegen hat das B.G.B. (wie schon A.L.R. I, 14 § 77) den gemeinrechtlichen Ausschluß des Retentionsrechts gegenüber der actio despositi directa nicht übernommen.

Diebstahl oder unerlaubte Selbsthilfe, so steht ihm das Zurückbehaltungsrecht nicht zu.[17]

4. Man ist befugt, durch Sicherheitsleistung das Zurückbehaltungsrecht abzuwenden. Durch Bürgenstellung kann dies aber nicht geschehen, § 273 Abs. 3. Denn Personalsicherung ist der realen nicht gleichwertig.

5. Ein Zurückbehaltungsrecht kann auch durch die Beteiligten zum Schutz einer Forderung vereinbart werden. Es bemißt sich dann nach dem Vertrag und untersteht den gesetzlichen Erfordernissen nicht.[18]

6. Besonderer Art ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. Hierüber vergleiche unten Bd. 3 § 283 der 4. Auflage.

§ 58. Wirkungen des Zurückbehaltungsrechts.

I. Das Zurückbehaltungsrecht begründet eine verzögerliche Einrede. Es schützt aber den Schuldner nicht wie andere Einreden dieser Art gegen die Verurteilung, bewirkt vielmehr, daß der Schuldner nur gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung — also zur Erfüllung Zug um Zug — zu verurteilen ist, § 274 Abs. 1.

Die Zwangsvollstreckung geht dann selbstverständlich gleichfalls nur auf Leistung Zug um Zug.[1 2]

Ist jedoch der Schuldner im Verzuge der Annahme, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung so betreiben, wie wenn die Verurteilung unbedingt erfolgt wäre, § 274 Abs. 2.[3]

II. Der Schuldner, welchem ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist selbstverständlich nicht in Verzug, solange ihm die Gegenleistung noch nicht angeboten ist.

---

17) Gleichviel gegen wen die unerlaubte Handlung gerichtet war.

18) [Der Vertrag begründet die Verpflichtung, dem Zurückbehaltungsberechtigten die Sache zu belassen. R.G. 68, 386; 66, 25.]

1) Erwachsen dem verurteilten Schuldner nach dem Schlusse der Verhandlung, in welcher Einwendungen spätestens geltend gemacht werden können, Gegenansprüche, so kann er das Zurückbehaltungsrecht noch im Wege der Klage nach Z.P.O. § 767 zur Geltung bringen.

2) Nach Z.P.O. § 777 kann der Schuldner, wenn der Gläubiger sein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache geltend macht, der Zwangsvollstreckung in sein übriges Vermögen widersprechen, soweit die Forderung durch den Wert der Sache gedeckt ist. Er kann verlangen, daß in das verurteilende Erkenntnis der Zusatz aufgenommen wird: „Kläger ist gehalten, seine Befriedigung zunächst aus der zurückbehaltenen Sache, nämlich . . ., zu suchen."

3) R.G. vom 28. Mai 1902 Bd. 51 S. 367. S. auch §§ 726 Abs. 2, 756, 765 Z.P.O. Über den Annahmeverzug vgl. namentlich § 298 B.G.B.

III. Nach A.L.R. I, 20 § 558 hatte, wer sich vermöge des Zurückbehaltungsrechts im Besitz einer Sache befand, wegen der Verwahrung, des Gebrauchs und der Verwaltung der Sache die Obliegenheit eines Pfandinhabers. Dem B.G.B. ist gleiches nicht bekannt. Jedoch hat der Zurückbehaltende in der Regel nach § 276 Abs. 1 Satz 1 Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, daher auch gegen Vernichtung und gegen Beschädigung des Zurückbehaltenen das Erforderliche vorzukehren. Was er pflichtgemäß für Zwecke dieser Art aufgewendet hat, vermehrt seinen Gegenanspruch.

IV. Der Zurückbehaltende ist nicht befugt, sich aus dem zurückbehaltenen Gegenstande im Wege des öffentlichen Verkaufs zu befriedigen, sofern ihm nicht ein derartiges Recht aus anderen Gründen zusteht. Infolgedessen kann die Lage des Zurückbehaltenden eine wenig günstige sein, da das Zurückbehaltungsrecht zu einer Lösung des Verhältnisses nicht führt. Dies gilt besonders, wenn die zurückbehaltenen Gegenstände keinen Verkaufswert haben.

V. Das Zurückbehaltungsrecht ist ein persönliches Recht, kein dingliches wie das Pfandrecht. [Auch durch Vertrag kann ein dingliches Zurückbehaltungsrecht nicht geschaffen werden.[4]]

Es steht zwar den Zessionaren des Gläubigers entgegen, dagegen sind ihm dritte dinglich Berechtigte nicht unterworfen.[5]

Hierher gehören auch die Pfändungspfandgläubiger, da sie ein dingliches Recht haben, Z.P.O. § 804 Abs. 2.

Auch die Konkursgläubiger unterliegen ihm nicht, obwohl es gegen den Gemeinschuldner wirkt.[6] Beides leidet eine Ausnahme hinsichtlich derjenigen Zurückbehaltungsrechte, welche nach Konk.O. § 49 den Rechten der Pfandgläubiger gleichstehen.

VI. Das Zurückbehaltungsrecht endet insbesondere, wenn der Schuldner den Besitz des zurückbehaltenen Gegenstandes aufgibt oder ihn in anderer Weise verliert, ohne sich ihn zurückverschaffen zu können.

---

4) R.G. 51, 83, weil ein solches dingliches Recht dem B.G.B. fremd ist.

5) R.G. Bd. 39 S. 285. Der Verwalter z. B. kann Ansprüche gegen den Geschäftsherrn nicht zur Zurückbehaltung von Sachen benutzen, welche er zwar von diesem empfing, die aber einem Dritten gehören, wenn dieser deren Herausgabe als Eigentümer verlangt.

6) Vgl. Kam.Ger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 334. Über die Frage, ob der Rechtsanwalt seine Handakten gegenüber der Konkursmasse seines Mandanten zurückhalten darf, vgl. Meyer in Seufferts Bl. f. Rechtsanwendung 1903 S. 6, ferner Jäger in Annal. d. deutsch. Reichs 1903 Heft 2 und K.O. zu § 49 Anm. 42. — Dem entlassenen Konkursverwalter steht bezüglich der noch nicht festgesetzten Gebühren und Auslagen ein Zurückbehaltungsrecht an Masseobjekten nicht zu. R.G. vom 16. Dezember 1902 Jur.Woch. 1903 S. 51 n. 23.

§ 59. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung.

I. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung, in ihren Ausgangspunkten verwandt, erfuhren eine verschiedene Entwickelung, insbesondere im B.G.B.

Das Zurückbehaltungsrecht fordert Konnexität der Gegenansprüche; die Aufrechnung legt auf sie kein Gewicht. Für sie genügt Gleichartigkeit des Schuldgegenstandes. Das Zurückbehaltungsrecht ferner behaftet den Anspruch, dem es entgegentritt, mit einer Einrede. Die Aufrechnungsfähigkeit erzeugt nach B.G.B. keine Einrede, mit welcher die Gegenforderungen behaftet werden, sie begründet das Rechtsgeschäft der Aufrechnung, welches allerdings auch mittels Einrede erklärt werden kann.

II. B.G.B. § 394 schließt die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Ansprüchen schlechthin aus. So namentlich auch gegen Lohnforderungen. Bei dem Zurückbehaltungsrechte findet sich keine derartige Bestimmung.

Die Frage wirft sich auf, ob wegen Gleichheit des Grundes auch das Zurückbehaltungsrecht gegen unpfändbare Forderungen zu versagen ist. Denn die Ausschließung der Aufrechnung hat den Zweck der Verwirklichung unpfändbarer Ansprüche, auf welchen der Unterhalt des Forderungsberechtigten beruht, Hindernisse mit Rücksicht auf Gegenforderungen aus dem Wege zu räumen. Dieser Zweck scheint auch dem Zurückbehaltungsrecht entgegenzustehen. Da es sich jedoch beim Zurückbehaltungsrecht um innerlich zusammengehörende Ansprüche handelt, so wird gleichwohl die Analogie nicht einzutreten haben. Damit werden Härten abgewendet, welche die Ausschließung der Aufrechnung auf unpfändbare Forderungen haben kann, wenn es sich um Forderungen aus demselben Rechtsgrunde handelt.

III. Eine weitere praktisch erhebliche Frage ist, wie es sich verhält, wenn der Gegenstand der Forderung, welche zur Zurückbehaltung geeignet ist, mit dem Gegenstande des Anspruchs gleichartig ist, insbesondere, wenn es sich um Geldforderungen auf beiden Seiten handelt. Geldleistungen Zug um Zug haben keinen Sinn. Das Zurückbehaltungsrecht muß sich dann zur Aufrechnung gestalten. Steht diese unter der Herrschaft der allgemeinen Regeln über Aufrechnung? Ist sie also gegenüber unpfändbaren Forderungen unzulässig? Dies ist nicht anzunehmen. Dann wäre die Aufrechnung, was sie doch in diesem Falle sein

---

1) Vgl. die Literatur oben in Anm. 1 zu § 57.

muß, kein Surrogat der Zurückbehaltung. Der Dienstherr kann hiernach den schuldigen Lohn „zurückbehalten", wenn er auf Grund des Dienstvertrags Schadensansprüche hat, und es muß zur Aufrechnung auf den Lohn kommen.[2]

Dies Ergebnis ist allerdings ein anderes als dasjenige, worauf § 394 hinzuweisen scheint. Aber es ist unausweichlich und doch wohl auch zweckmäßig.[3 4]

Zwölftes Kapitel.

Die Unmöglichkeit der Leistung.

§ 60. Unmöglichkeit der Leistung.[1] Allgemeines.

I. Rechte finden ihre notwendige Schranke in der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung.

Hierfür macht es keinen Unterschied, ob die Unmöglichkeit auf Natur-

---

2) In der Rechtsprechung ist ein Zurückbehaltungsrecht an unpfändbaren Forderungen anerkannt vom O.L.G. Köln vom 31. Oktober 1902 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 5 S. 456; O.L.G. Rostock vom 21. November 1901 das. Bd. 4 S. 28. O.L.G. Kiel vom 27. Oktober 1902 das. Bd. 6 S. 225; Kam.Ger. vom 14. März 1903 das. Bd. 6 S. 423. Einschränkend: O.L.G. Hamburg vom 12. Oktober 1901 in Hans.Ger.Zeit. 1902 Beibl. S. 14. [Man mag die Aufrechnung als „Surrogat" der Zurückbehaltung bezeichnen, man kommt darüber nie hinweg, daß sie doch Aufrechnung im Sinne §§ 387 ff. und deshalb auch des § 394 ist.] Die Frage ist verneint vom L.G. I Berlin vom 5. Mai 1903 in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1903 S. 83; vgl. O.L.G. Stettin Jur. Monatsschr. f. Posen 1905 S. 43.

3) Teilweise abweichend Planck S. 65 Anm. 2 a γ zu § 273. Es scheint nicht, daß man bei Beratung des B.G.B. die hier berührte Frage in das Auge gefaßt hat.

4) Das Zurückbehaltungsrecht wirkt auch einschränkend auf die Vorschriften, welche § 396 hinsichtlich der Aufrechnung gibt, falls mehrere Forderungen vorhanden sind, vgl. James Goldschmidt, Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung 1899 S. 13.

1) Das B.G.B. wurde beeinflußt durch Fr. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung 1853, vgl. aber auch Hartmann, Die Obligation S. 166. Von Monographien seien erwähnt: Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach B.G.B. 1900; Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, nach d. bürg. Recht 1900 und Kisch, Nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen 1900. — Kleineidam in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 105. Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre. — Wilhelm Biermann in Arch. f. zib. Prax. Bd. 91 Heft 1 S. 73. Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. — Hellmann das. Bd. 90 S. 363. — Kohler, Lehrb. II S. 68 ff. — Fischer, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre 1904. — Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß 1907 und in Arch. f. zib. Praxis Bd. 101 S. 1. — Brecht, System der Vertragshaftung in Ihering Jahrb. B. 53 S. 213 ff. [Durch die neueren Schriften ist die sog. Unmöglichkeitslehre in Fluß gekommen, einen Abschluß hat sie noch nicht gefunden. Zu bedauern ist das dabei so häufig verwertete Argument, die Ansicht des Gegners verrate Lebensfremdheit.]

gesetzen beruht, z. B. im Falle des Versprechens eines Spiritisten, Geister zu zitieren, oder ob sie sich in der Logik des Rechtes gründet, z. B. im Falle des Versprechens der Übereignung einer Sache auf denjenigen, welchem sie bereits gehört.

Es steht auch in dieser Hinsicht die absolute Unmöglichkeit, welche in der Art der versprochenen Leistung begründet ist, der relativen völlig gleich, wenn die Leistung ihrer Art nach möglich, im gegebenen Fall unmöglich ist, z. B. wenn man ein Pferd, welches nicht mehr lebt, zu übereignen verspricht.

Eine notwendige Schranke endlich ist keineswegs bloß die objektive Unmöglichkeit, d. h. solche, welche für jedermann besteht und die das B.G.B. allein als Unmöglichkeit bezeichnet. Sie wird auch durch subjektive, in der Person des Verpflichteten liegende Umstände geschaffen, welche das B.G.B. Unvermögen nennt, § 275.

Fälle solchen Unvermögens bilden Versprechen einer dem Versprechenden fremden Sache, welche zu beschaffen er nicht imstande ist. Dagegen ist solches Unvermögen nicht vorhanden, solange es noch nicht ausgeschlossen ist, daß man sich die Sache noch zu beschaffen vermag, z. B. wenn ein Kunsthändler ein Gemälde verspricht, welches der Künstler auf Verkauf herstellt.[2]

II. In allen diesen Fällen gilt natürlicherweise und mit zwingender Kraft, Unmögliches kann nicht geleistet, nicht geschuldet werden[3], Verurteilung

---

2) Die anderweite Veräußerung des Kaufgegenstandes durch den Verkäufer kann hiernach allein die Aufhebung des Vertrags wegen Unmöglichkeit nicht begründen, da eine Wiederanschaffung möglich ist, Gruchot Bd. 35 S. 931, Bd. 30 S. 912; Jur.Woch. 1893 S. 507 n. 29; Strieth.Arch. Bd. 27 S. 372. Siehe ferner Strieth.Arch. Bd. 92 S. 207; Jur.Woch. 1891 S. 426 n. 52. — Hat sich hingegen ein Sänger verpflichtet, an bestimmten Tagen im Opernhause aufzutreten, und wird er durch Heiserkeit an dem Auftreten verhindert, so gilt der Vertrag wegen der eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung als aufgehoben, vgl. Gruchot Bd. 30 S. 911. [Die herrschende Lehre spricht von einer juristischen Unmöglichkeit, die darin bestehe, daß man dem Schuldner nach Treu und Glauben nicht zumuten dürfe, unter den gegebenen schwierigen Verhältnissen die Leistung zu machen. Gegen sie, die Lehre von der Unerschwinglichkeit und aus diesem Grunde Unmöglichkeit der Leistung, wendet sich Krückmann in der Anm. 1 angeführten, ungemein anregenden Schrift. Seine Ausführungen sind insoweit unbedingt billigenswert, als er, wie schon andere vor ihm, vor allzu nachsichtiger Ausdehnung der sog. Unerschwinglichkeit warnt. Aber was er an die Stelle setzen will, eine Einrede aus entgegenstehendem eigenen gewichtigen Interesse scheint mir gegenüber der herrschenden Lehre keinen Fortschritt zu bedeuten und ist mit dem Gesetze schwer in Einklang zu bringen.]

3) L. 185 D. de R. J. „impossibilium nulla est obligatio".

zu Unmöglichem kann das Unmögliche nicht bewirken[4], Zwangsvollstreckung zu Unmöglichem versagt.[5]

Dies kann kein Gesetz ändern. Das Parlament, sagt ein englisches Diktum, ist allmächtig, aber ein Weib kann es nicht in einen Mann verwandeln!

III. Zu beachten ist jedoch:

1. Bloß vorübergehende Hindernisse begründen an sich nur einen Aufschub der Erfüllung, sie bilden Unmöglichkeit nur, wenn sie den Vertragszweck vollständig vereiteln. Dies ist aber nicht nur dann der Fall, wenn die Beseitigung für absehbare Zeit nicht zu erwarten ist, sondern auch dann, wenn eine bloß zeitweise Unterbrechung der Erfüllung die Zwecke des Geschäfts völlig vereitelt.[6]

2. Unmöglichkeit einzelner Modalitäten der Leistung macht diese nicht unmöglich, wenn anzunehmen ist, daß die Beteiligten das Geschäft für diesen Fall auch ohne jene Modalität gewollt hätten[7], B.G.B. § 139.

3. Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln wird vom Rechte nicht als subjektive Unmöglichkeit — Unvermögen — behandelt.[8]

IV. Die Unmöglichkeit hat für das Recht nicht bloß negative Bedeutung als zwingende Grenze der Rechtsansprüche. An sie knüpft sich vielmehr in vielen Fällen eine Schadensersatzpflicht dessen, welcher die unmögliche Leistung übernommen hat.

In dieser Hinsicht ist wichtig die Unterscheidung zwischen ursprünglicher Unmöglichkeit, d. h. der zur Zeit des Vertragsschlusses

---

4) Auf diesem Standpunkte steht auch R.G. Bd. 33 S. 221: „Wenn die Erfüllung durch Verschulden des Verpflichteten unmöglich geworden ist, so kann der Gläubiger eben nicht mehr die Erfüllung, sondern nur das Interesse fordern." Vgl. auch R.G. vom 18. Februar 1903 Bd. 54 S. 28.

5) L. 3 pr. D. quae res sine appellatione 49. 8; J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses Bd. 1 S. 332. Anders freilich Planck, Der Redaktor Bd. 2 S. 47. Dieser erachtet Verurteilung zu Unmöglichem und Zwangsvollstreckung auf Leistung von Unmöglichem als in der Ordnung, vgl. hierüber unten § 61, II, sowie Planck Anm. 3 zu § 280 mit reicher Literatur.

6) R.G. Bd. 5 S. 278 gibt ein Beispiel: Dem Lehrer einer Privatelementarschule wurde die staatliche Erlaubnis entzogen. Es wurde ihm daher die Anstellung gekündigt. Obgleich ihm später die Erlaubnis auf Grund seiner Remonstration wieder erteilt wurde, nahm das R.G. an, daß der Vertrag rechtsbeständig wegen Unmöglichkeit der Leistung aufgehoben sei, da er mit Rücksicht auf die Zwecke des Elementarunterrichts zu einer ununterbrochenen Tätigkeit verpflichtet. — Vgl. ferner R.G. Bd. 42 S. 114.

7) Vgl. R.G. Bd. 20 S. 32.

8) Motive Bd. 2 S. 45; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 16 Anm. 6; l. 137 § 4 D. de V. O. 45, 1; vgl. auch Goldmann und Lilienthal S. 164.

vorhandenen, und nachträglicher, welche erst nach Begründung des Schuldverhältnisses eintrat.

Ursprüngliche Unmöglichkeit ist verhältnismäßig selten. Denn nur Irrtum oder Betrug kann den Abschluß eines von vornherein unmöglichen Geschäfts veranlassen. Nachfolgende Unmöglichkeit ist häufig. Sie beruht auf dem allgemeinen und unaufhörlichen Wandel der menschlichen Dinge.

§ 61. Ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung.

I. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig.[1] [2] So bestimmt § 306.

Nach dem Sprachgebrauche des B.G.B. bezieht sich dieser Ausspruch nur auf objektive, zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandene Unmöglichkeit.[3]

Der Satz leidet zwar keine wahren Ausnahmen, sie wären undenkbar. Wohl aber bestehen Verfeinerungen und praktische Ausgleichungen.

1. Kann die Unmöglichkeit gehoben werden, und ist der Vertrag ausdrücklich für diesen Fall geschlossen, so ist er als bedingter gültig, § 308 Abs. 1.[4]

2. Ist die unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermine versprochen, so wird der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird, § 308 Abs. 2.

Ist also eine außerhalb des Verkehrs stehende Sache, z. B. das Terrain einer Festung, Gegenstand eines Übereignungsgeschäfts unter der Bedingung des Eintritts der Sache in den Verkehr, so ist das Geschäft gültig, wenn sich die Bedingung verwirklicht; dasselbe gilt, wenn es an eine Bedingung oder einen Termin geknüpft ist, falls die Sache vor deren Eintritt verkehrsfähig wird.

---

1) Die bei solchem Vertrage vereinbarte Vertragsstrafe ist unwirksam, § 344; ein Urteil, welches auf eine unmögliche Leistung erkennt, entbehrt der rechtlichen Wirkung, Pr.O.Trib. in Strieth.Arch. Bd. 6 S. 16. — Über die Unmöglichkeit bei Wahlobligationen vgl. oben § 44. — Vermächtnisse und Auflagen, welche auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet sind, sind unwirksam, §§ 2171, 2192.

2) Das auf Grund eines solchen Vertrags Geleistete kann zurückgefordert werden, § 812 vgl. § 815.

3) E. I § 344; Mot. Bd. 2 S. 176: „Verstanden ist die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit, nicht das Unvermögen." — Vgl. Kammerg. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 282; O.L.G. Dresden das. Bd. 6 S. 231; R.G. vom 4. Februar 1905 Jur.Woch. 1905 S. 171.

4) E. I § 346; Mot. Bd. 2 S. 180; Kom.Prot. Bd. 1 S. 454.

3. Wer beim Vertragsschlusse die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen mußte, hat dem andern Teile, wenn dieser entschuldbarerweise im Irrtume war, das negative Vertragsinteresse zu ersetzen[5], jedoch begrenzt durch das positive Interesse, § 307[6] Abs. 1.

4. Ist das Geschäft teilweise unmöglich und nach § 139 ganz nichtig, so umfaßt das negative Interesse den ganzen Vertrag, z. B. man kauft ein Grundstück zum Bauplatze, durch welches ohne Wissen des Käufers und so, daß der Verkäufer dies wußte oder wissen mußte, ein öffentlicher Weg geht, welcher das Bebauen des ganzen Grundstückes untunlich macht.

5. Ist das teilweis unmögliche Geschäft nur zum Teil nichtig, und bleibt es nach § 139 zum Teil rechtsbeständig, so umfaßt das negative Interesse nur einen entsprechenden Teil, § 307 Abs. 2.

6. [Der Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (das Vertrauensinteresse) ist nicht ein Anspruch aus dem Vertrage, denn der Vertrag besteht nicht; er ist aber auch nicht ein Anspruch aus unerlaubter Handlung, denn es steht nicht eines der nach § 823 B.G.B. geschützten besonderen Rechtsgüter in Frage. Daher verjährt er nicht in drei Jahren. Er ist eine in den bestimmten Fällen vom Gesetz gezogene und an einen bestimmten Tatbestand geknüpfte Rechtsfolge.

Der arglistig Getäuschte hat neben dem Anspruch aus § 307 den Anspruch aus § 826.]

II. § 306 trifft seine Bestimmung nur für den Fall der Unmöglichkeit, also wie schon hervorgehoben, wenn die Erfüllung objektiv unmöglich ist. Für den Fall bloß subjektiver Unmöglichkeit zur Zeit des Vertragsschlusses — des Unvermögens — ist eine Vorschrift nicht getroffen.

Hierher würde der Fall gehören, daß A. dem B. eine Maschine, welche zugunsten des C. patentiert ist, in der Meinung verspricht, daß das Patent des C. ihm — dem A. — gegenüber keine Kraft habe. Durch rechtskräftiges Urteil zwischen A. und C. wird das Gegenteil festgestellt. Eine objektive Unmöglichkeit, derartige Maschinen zu erlangen, besteht nicht, aber A. ist unvermögend, sie zu liefern!

---

5) Vgl. oben § 24, VI b.
6) E. I § 344; Mot. Bd. 2 S. 176; Kom.Prot. Bd. 1 S. 450.

Aus dem Mangel einer besonderen Vorschrift folgert nun Planck Bd. 2 S. 118 f., daß der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig sei, so daß er im gedachten Falle den A. dem B. gegenüber zur Leistung der Maschine verpflichte, daß regelmäßig B. auf Leistung gegen A. zu klagen berechtigt sei, der Richter den A. zu verurteilen habe, daß die Zwangsvollstreckung zu versuchen sei. Erst deren Ergebnislosigkeit eröffne nach B.G.B. § 283 den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung![7]

Dies wären aber so zweckwidrige Prozeduren, daß sie nicht im Sinne des B.G.B. liegen können.[8] Vielmehr besteht der Unterschied vom Falle der objektiven Unmöglichkeit nur darin, daß der Gläubiger, wenn das Geschäft wegen Unvermögens des Schuldners unausführbar ist, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse erlangt, also nicht bloß auf das negative Vertragsinteresse verwiesen ist.[9]

Selbstverständlich hat er einen solchen Anspruch nicht, wenn er das Unvermögen des sich Verpflichtenden beim Geschäftsschlusse kannte; dies ergibt Treu und Glauben.[10]

Hat der Gläubiger auf die versprochene Leistung geklagt und stellt sich während des Verfahrens das Unvermögen des Schuldners heraus, so ist die Abänderung des Antrags und Verurteilung in das Erfüllungsinteresse zulässig, eine Klageänderung im Sinne der Z.P.O. § 264 liegt hierin nicht.[11] [12]

---

7) Wie Planck, Cosack Bd. 1 § 98 S. 392. Endemann § 127 Ziff. 3c scheint deren Auffassung dagegen nicht zu teilen.

8) Der hier vertretenen Ansicht hat sich angeschlossen O.L.G. Hamburg vom 18. Mai 1901 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 8; ebenso Kam.Ger. vom 29. Oktober 1900 das. Bd. 2 S. 282.

9) [Danach hält D. den Vertrag für wirksam. Dies entspricht der herrschenden Lehre. Oertmann zu § 306. Kuhlenbeck bei Staudinger zu § 306 Anm. 1 b und S. 100.] Hat der Verkäufer nur eine Eigenschaft des Kaufgegenstandes versprochen, die ihm zu gewähren unmöglich ist, so folgt hieraus keineswegs Nichtigkeit, sondern nur Gewährleistungspflicht oder Schadensersatzansprüche. So R.G. vom 13. Oktober 1903 D.Jur.Ztg. 1903 S. 549 bezüglich eines Falles, nach welchem Kognak verkauft war, der mit dem Warenzeichen „Mosella" versehen sein sollte, während die Eintragung dieses Zeichens vom Registergericht zurückgewiesen war.

10) Anderer Ansicht Planck S. 119.

11) Oertmann zu § 275; R.G. in Seufferts Archiv Bd. 49 n. 86 und 87, Bd. 52 n. 150.

12) Cosack Bd. 1 S. 333 unter 2c nimmt an, daß § 281, wonach der Schuldner, welcher infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, einen Ersatz erhält, diesen dem Gläubiger abtreten muß, nicht bloß für nachfolgende Unmöglichkeit gelte, sondern auch für ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit. Danach durfte der Käufer einer Sache, welche der Verkäufer vor dem Verkauf einem anderen verkauft und über-

§ 62. Nachfolgende Unmöglichkeit.[1]

I. Durch nachfolgende Unmöglichkeit erlischt die Schuld, § 275 Abs. 1. Dies gilt auch für nachträglich eintretendes Unvermögen des Schuldners, § 275 Abs. 2.[2]

II. Ist aber der Schuldner verpflichtet, das Ereignis zu vertreten, so wird er haftpflichtig. Solche Vertretung liegt ihm ob

1. infolge seines Verschuldens, sei es daß er den Schaden unmittelbar herbeiführte, sei es daß er es an Sorgfalt fehlen ließ, um ihn abzuwenden. Der Grad seines Verschuldens bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

2. Wie eigenes Verschulden hat er das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Hilfspersonen bei Erfüllung seiner Verpflichtung zu vertreten, § 278.

3. Nach § 279[3] vertritt der Gattungsschuldner auch ohne Verschulden sein Unvermögen zur Leistung.

Die Tragweite dieser Bestimmung [liegt in der beschränkten Anerkennung des Satzes genus perire non censetur].

Denn steht der Leistung objektive Unmöglichkeit entgegen, ist die Gattung schlechthin untergegangen, aus dem Verkehr gekommen, oder ist die Leistung aus der Gattung infolge besonderer Gründe, z. B. eines Ausfuhrverbots, Kriegsereignisses, nicht ausführbar, so ist der Schuldner frei.[4]

Besteht aber für den Schuldner nur eine subjektive Unmöglichkeit, welche die Leistung aus der Gattung verhindert, weil der Schuldner keine Gattungssachen der geschuldeten Art zur Verfügung hat, z. B. er ist nicht imstande, eine der patentierten Maschinen, wie er versprochen hat, zu gewähren, so wird er von seiner Verpflichtung nicht frei, [er wird selbst dann nicht von der Pflicht zu leisten frei, wenn er sein Unvermögen zur Leistung in keiner Weise verschuldet hat.]

---

geben hat, den aus einem früheren Verkaufe vom Verkäufer erlösten Kaufpreis fordern. Dies ist nicht annehmbar, Planck Anm. 7 und Staudinger Anm. 1 zu § 281.

1) Ubbelohde im Archiv für ziv. Praxis Bd. 85 S. 120, dazu Oertmann in Kohlers Archiv Bd. 12 S. 284; vgl. Hartmann, Die Obligation S. 254.

2) E. I § 237; Mot. Bd. 2 S. 44; Kom.Prot. Bd. 1 S. 312, Bd. 6 S. 155.

3) E. I § 237 Abs. 2; Mot. Bd. 2 S. 47; Kom.Prot. Bd. 1 S. 314.

4) Vgl. R.G. vom 23. Februar 1904 Bd. 57 S. 116; Planck Anm. 1 zu § 279 (dort auch Dissentienten); Staudinger Anm. 2 zu § 275, [wonach der objektiven Unmöglichkeit eine so außergewöhnliche Schwierigkeit gleichsteht, daß der Verkehr sie als unmöglich ansieht].

Bezieht sich § 279 aber auch auf bloß persönliche Verhinderungen, welche auf den Gegenstand der Leistung keinen unmittelbaren Bezug haben, z. B. falls die plötzliche Mobilmachung des zur Fahne gerufenen Schuldners dessen Unvermögen bewirkt, die geschuldete Leistung vorzunehmen? Wir schließen uns der Verneinung an.[5] Denn es sollte durch § 279 nur die Möglichkeit, aus der Gattung zu leisten, betont werden.

4. Während des Verzugs des Schuldners hat er zufällig eingetretene Unmöglichkeit der Gattungs- oder Speziesleistung zu vertreten, es sei denn, daß sie auch bei rechtzeitiger Leistung Platz gegriffen hätte, § 287.

5. Ist streitig, ob der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, so trifft ihn die Beweislast, § 282.[6]

III. Der Schuldner, welcher die Unmöglichkeit zu vertreten hat, muß

1. dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ersetzen, § 280 Abs. 1;

2. bei teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, was nach Lage des Falles zu beurteilen ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, § 280 Abs. 2 Satz 1.

Ist in diesem Falle bereits geleistet, so tritt Verpflichtung zur Rückgewähr entsprechend den für den vertragsmäßigen Rücktritt geltenden Vorschriften ein.[7] § 280 Abs. 2 Satz 2.

IV. Dem Gläubiger gebührt in allen Fällen der Ersatz oder Ersatzanspruch, welcher dem Schuldner infolge des die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführenden Ereignisses erwuchs, § 281 Abs. 1, z. B. die geschuldete Sache wurde durch einen Dritten schuldhaft beschädigt, sie wurde enteignet, war versichert, sie wurde mit Sachen des Verwahrers in unfreiwilliger Versteigerung veräußert, der Schuldner hat sie einem anderen verkauft und übergeben und den Kaufpreis bezogen.[8]

---

5) So Planck Anm. 3 zu § 279 mit ausführlicher Begründung und Goldmann und Lilienthal S. 165.

6) Fordert der Gläubiger das Interesse, so hat er die Unmöglichkeit der Leistung zu beweisen R.G. Bd. 31 S. 184. Hingegen hat der Schuldner seine Befreiung von der Leistungspflicht aus § 275 zu beweisen, s. unten § 70.

7) Hiermit wird eine kasuistisch detaillierte Regelung mittelbar getroffen. Näheres Planck S. 83.

8) [Gegen die Anwendbarkeit des § 281 Abs. 1 im letzteren Falle wendet sich neuerdings Planck S. 85 und mit ihm die herrschende Meinung, vgl.

Der Gläubiger erhält den Anspruch auf den dem Schuldner erwachsenen Ersatz neben seinem Schadensersatzanspruch gegen diesen, falls dieser die Unmöglichkeit zu vertreten hat, er hat sich aber den Betrag des ihm Herausgegebenen oder den Wert des Ersatzanspruchs anrechnen zu lassen. Hat er vollständige Entschädigung erlangt, so gebührt ihm der Ersatz nicht, § 281 Abs. 2.[9]

V. Nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners zur Leistung kann der Gläubiger statt der Leistung, ohne zur Vornahme der Zwangsvollstreckung oder zum Nachweise der Unmöglichkeit der Erfüllung verpflichtet zu sein, das Interesse fordern, wenn der Schuldner innerhalb der ihm vom Gläubiger mit dem Hinweis auf spätere Ablehnung der Leistung gesetzten, angemessenen Frist nicht geleistet hat, § 283.[10]

Dreizehntes Kapitel.

Haftung für Verschulden.

§ 63. Verschulden im allgemeinen.

I. Verschulden ist schädigende Rechtsverletzung, welche auf einen Willensfehler des Schädigers zurückführt.[1] Keinen Teil des Rechts gibt es, in den nicht der Begriff des Verschuldens eingreift. Denn mit der Pflicht ist auch die Möglichkeit ihrer rechtswidrigen schuldhaften Verabsäumung gegeben. Verschulden ist vor allem der Grund des Strafrechts, ist im Zivilprozesse von Bedeutung[2], in alle Teile des Privatrechts greift es ein und ruft die Reaktion des Rechts hervor. Besonders wichtig ist Verschulden für das Obligationenrecht. Daher ist es im B.G.B. in der Lehre vom „Recht der Schuldverhältnisse" behandelt.

Oertmann 2. Aufl. S. 102 zu § 281; Kuhlenbeck bei Staudinger Anm. 2 zu § 281 und dort Angef.; Titze in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 45 S. 380 und Kisch a. a. O. (vgl. oben § 60 Anm. 1) S. 198.]

9) Über analoge Anwendung des § 281 s. bei Planck S. 85 und dort Angeführte.

10) Vgl. R.G. 54 S. 28.

1) Über gemeines Recht vgl. die bei Dernburg, Pand. Bd. 1 § 86 Anm. 3 Angeführten. — Über B.G.B. vgl. Das Verschulden im B.G.B. in Kohlers Archiv Bd. 14 S. 79; Liszt, Deliktsobligationen; Goldmann und Lilienthal S. 184; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. Teil I S. 434, Teil II S. 42; Cosack I §§ 71, 72, 98 bis 100; Endemann I §§ 110 bis 116; Schirmer in Archiv für ziv. Praxis Bd. 91 S. 136 arbitrium merum et arb. boni viri. v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit 1903; Wehl, System der Verschuldungsbegriffe im B.G.B. 1905; Siber in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 231: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht.

2) Z.P.O. §§ 68, 95, 102, 233 Abs. 2, 367 Abs. 2.

Verschulden ist Schädigung anderer. Aber wir finden auch ungehöriges Tun und Unterlassen, durch welches man sich selbst schädigt, im B.G.B., z. B. § 254 Abs. 1 als Verschulden bezeichnet.

An das Verschulden knüpfen sich Rechtsnachteile verschiedener Art. Es kann unter anderem die Verwirkung von Ansprüchen, § 338, eines Rücktrittsrechts, § 351, Ausschließung von einer Frist, § 1996 Satz 2, nach sich ziehen; die allgemeinste Folge aber des Verschuldens ist die Verpflichtung zum Schadensersatz.[3]

II. Das Verschulden ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Die Begriffe sind dem **dolus** und der **culpa** der Römer nachgebildet. Doch decken sich die römischen Begriffe nicht vollständig mit den heutigen.

1. Vorsatz liegt in Handlungen sowie in Unterlassungen, die im Bewußtsein ihrer rechtsverletzenden Natur geschehen.[4]

Notwendig ist also, daß man sich der Rechtsverletzung bewußt war, nicht notwendig, daß man deren schädliche Folgen wollte oder auch nur voraussah. Eine Eisenbahnverwaltung z. B., welche gegen die Bestimmung ihres Reglements ohne Zustimmung des Absenders wissentlich Güter, die sich nicht dazu eignen, in offenen Wagen befördert, haftet wegen Vorsatzes, wenn sie auch unterstellte, daß im gegebenen Fall aus dieser Beförderungsart kein Schaden entstehen würde.

Hier hebt sich die „Absicht" oder „bösliche Absicht", bei welcher man die schädliche Folge bezweckte, vom bloßen Vorsatz ab.[5] Zutreffend sagt man, Vorsatz ist Tatwille, Absicht Erfolgwille.[6]

2. Fahrlässig handelt nach B.G.B. § 276 Abs. 1[7], wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt.[8] [Daß er den rechtsverletzenden Erfolg hätte vorhersehen können, wird hier nicht erfordert.[9]]

a) Unter Verkehr kann hier nicht, wie gewöhnlich, der Geschäfts-

---

3) Vgl. oben § 25.

4) Die Römer bezeichnen unsittliche, widerrechtliche Absicht als dolus, siehe Pernice, Labeo Bd. 2 2. Aufl. S. 170.

5) Von Absicht spricht u. a. B.G.B. § 1456. Dazu §§ 1487, 1519, 2138 Abs. 2, 2287, ebenso Konk.O. § 31 Ziff. 1.

6) Vgl. Liszt, Deliktsobligationen. Vgl. R.G. 63, 148.

7) Kom.Prot. Bd. 1 S. 303.

8) Wendt, Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im Archiv für ziv. Praxis Bd. 87 S. 422; Kuhlenbeck a. a. O. S. 44.

9) Anders im Strafrecht. Urteil R.G. 12. Oktober 1908 Bd. 69, 340.

verkehr gemeint sein, vielmehr, was in den bürgerlichen Beziehungen im Leben als erforderlich gilt.[10]

Was hierher gehört, ergibt die geläuterte öffentliche Meinung, und auf Grund dieser im Streitfalle das richterliche Ermessen.

b) Die Römer bezeichneten die erforderliche Sorgfalt als diligentia diligentis patris familias. Dies nachbildend bestimmte auch der erste Entwurf § 144 Abs. 1 Fahrlässigkeit als mangelnde Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters. Dies rief jedoch laute Kritik, sogar Spott hervor.[11] Es fiel das Wort: Durchschnittsphilister! In der zweiten Kommission beseitigte man daher die Bestimmung und ersetzte sie durch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Gemeint ist, wie sich in gleicher Lage ein praktischer, gewissenhafter Mensch benommen hätte.[12]

c) Der Maßstab, welchen man hiernach anzulegen hat, ist ein abstrakter. Auf die individuelle Beschaffenheit der Person des Schädigers ist, soweit nicht Fehlen oder Minderung der Zurechnungsfähigkeit in Frage steht, — § 276 Abs. 1 Satz 2 — Gewicht nicht zu legen. Allerdings wollen das manche nicht gelten lassen. Sie fordern einen anderen Maßstab bei Gesunden wie bei Kranken, bei Männern wie bei Frauen, bei Vierzigjährigen wie bei Zwanzig- oder wiederum Siebzigjährigen.[13] Warum nicht auch bei Gebildeten anders als bei Ungebildeten, bei Ge-

---

10) Wo immer rechtliche Pflichten bestehen, wird sich die Frage der sorgfältigen Ausführung aufwerfen. Daher muß Verkehr im weitesten Sinne genommen werden, z. B. auch beim Dienste des Arztes oder der Hebamme. Nicht die Definition also erläutert uns den Tatbestand des Verschuldens, sondern der Tatbestand bestimmt die Auslegung der Definition. Non jus ex regula sumitur, sed regula ex jure. Ein leuchtendes Beispiel für die Bedeutung gesetzlicher Definitionen! Gut, wenn sie, wie im gegebenen Falle, nicht schaden und sich mit dem durch das Wesen der Verhältnisse gegebenen Tatbestande, wie hier, vereinigen lassen.

11) Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen Bd. 1 S. 206, Bd. 6 S. 179.

12) Drohende erhebliche Gefahr, in der sich der Handelnde befindet, kann den Vorwurf der Unbesonnenheit und Fahrlässigkeit, trotz sachwidrigen Handelns ausschließen. R.G. vom 14. November 1901 Jur.Woch. 1902 S. 31 n. 28; desgl. R.G. vom 9. Januar 1902 daselbst S. 136 n. 52; vgl. auch R.G. vom 25. Januar 1906 Jur.Woch. 1906 S. 160 n. 2. — Es kann ferner eine Handlung, welche unter gewöhnlichen Umständen als schuldhafte erscheint, nicht als schuldhaft zu erachten sein, weil sie geschah, um einer sittlichen Verpflichtung zu genügen, so wenn man sich einer Gefahr ausgesetzt hat, um ein Menschenleben zu retten, mag dies immerhin bei der Handlung irrtümlich angenommen sein. R.G. vom 16. Januar 1902 Jur.Woch. 1902 S. 136 n. 53; daselbst 1892 S. 221 n. 30; Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 290.

13) Cosack 3. Aufl. Bd. 1 S. 237; Wendt a. a. O. S. 438. Über und gegen die von Titze (Unmöglichkeit S. 80) aufgestellte Unterscheidung zwischen „öffentlichem" und „privatem" Verkehr mit Recht: Planck Anm. 2 zu § 276; Staudinger Anm. I 2 b zu § 276.

witzigten und bei Unbeholfenen? Dem Gesetz ist dies fremd. Denn der Verkehr unterscheidet nach solchen Rücksichten nicht und kann dies auch nicht. Welche Schwierigkeit im Leben, wenn man dies alles zu beachten hätte, welche Weitläufigkeit und Unsicherheit im Prozesse!

d) Nach H.G.B. § 347 steht der Kaufmann aus Geschäften, die für ihn Handelsgeschäfte bilden, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ein. In gleicher Weise haftet nach § 429 H.G.B. der ordentliche Frachtführer, nach § 606 der ordentliche Verfrachter, nach § 497 der ordentliche Rheder, nach §§ 511, 653 der ordentliche Schiffer, und nach Flößereigesetz § 2 der ordentliche Flößer.

Entsprechend muß der Arzt in seiner ärztlichen Praxis für die Sorgfalt des ordentlichen Arztes, der Rechtsanwalt bei den Aufgaben, die ihm als solchem der Partei gegenüber obliegen, für die eines ordentlichen Rechtsanwalts,[14] und so jeder in seinen Berufsgeschäften für die Sorgfalt ordentlicher Berufsgenossen einstehen ohne Unterschied des Geschlechts, des Alters oder der Intelligenz.[15]

Denn das ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß man in seinen Berufsgeschäften sich so benimmt, wie der ordentliche Berufsgenosse.[16]

III. die Fahrlässigkeit — das Verschulden im engeren Sinne — kann schwerer oder leichter sein.

Die ältere gemeinrechtliche Theorie und hiernach das A.L.R. I, 3 § 18 ff. unterschied bekanntlich drei Grade, nämlich grobes Versehen, mäßiges und endlich noch geringes, was nur bei besonderer Kenntnis der Sache oder des Geschäfts, oder durch ungewöhnliche Aufmerksamkeit vermeidbar war.

---

14) Rechtsanwaltordnung vom 1. Juli 1878 § 28 regelt die Pflichten des Rechtsanwalts in öffentlicher Hinsicht. Zwischen Staat und Rechtsanwalt kein vertragsähnliches Verhältnis, das Verbindlichkeiten zivilrechtlicher Art erzeugt. O.L.G. Hamburg Hans. Ger.Zeit. 1905 Beibl. n. 245.

15) Vgl. Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 § 96 in neuer Fassung vom 30. Juni 1900 § 136.

16) Vgl. l. 9 § 5 D. locati 19, 2 Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro 8 digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid, poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex conduxit. Nach gleicher Rechtsanschauung führt das R.G. aus: Bei Prüfung, ob die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewandt ist, ist nicht ein allgemeiner abstrakter Maßstab anzulegen; maßgebend ist vielmehr die Sorgfalt, welche bei dem Verhältnis, um das es sich handelt, im Verkehr in Betracht kommt, also bei einem Jäger die Sorgfalt eines ordentlichen Jägers. R.G. vom 7. Juli 1902 Jur.Woch. 1902 Beilg. 11 S. 263.

Dem römischen Rechte war dies fremd, ebenso dem code civil. Die neuere deutsche — auch die preußische — Gesetzgebung hat diese Unterscheidungen als unsicher und kleinlich gleichfalls aufgegeben. Auch das B.G.B. entscheidet sich für die zweigradige Kulpatheorie, wonach die Fahrlässigkeit nur in grobe und in leichte zerlegt wird.

1. Was grobes Verschulden ist, bestimmt das B.G.B. nicht besonders. Kein Zweifel aber, daß es sich im wesentlichen der römischen Auffassung der culpa lata anschließen wollte. Danach ist grobes Verschulden Nichtbeachtung dessen, was jedem einleuchten mußte, also totale Gleichgültigkeit gegen das, was offenbar unter den gegebenen Umständen hätte geschehen müssen.

2. Die grobe Fahrlässigkeit wurde von den Römern dem dolus gleichgestellt. Dem B.G.B. ist dies fremd.[17]

Dagegen zeichnet die neuere Gesetzgebung, insbesondere die handelsrechtliche, mehrfach das „böswillige Verhalten" aus. Damit faßt sie Vorsatz und jenen äußersten Grad grober Fahrlässigkeit zusammen, welche auf Frivolität beruht und sittlich zum Vorwurf gereicht.

Nach dem alten H.G.B. Art. 396 Abs. 5 traf den Frachtführer volle Schadensersatzpflicht nur bei böswilliger Handlungsweise, dagegen haftet er nach dem jetzigen H.G.B. § 430 Abs. 3 bei grober Fahrlässigkeit wie bei Vorsatz für vollen Schadensersatz. So ist es auch bei dem Seefrachtgeschäft, vgl. H.G.B. Art. 610 Abs. 2 und derzeit § 609 Abs. 2. Im Binnenschiffahrtsgesetz § 75 hat sich aber erhalten, daß der Frachtführer nur bei böslicher Schädigung für vollen Ersatz haftet, vgl. §§ 4 Abs. 2, 74 Binnenschiffahrtsges. Auch die Gründer einer Aktiengesellschaft haften der Gesellschaft für einen bei Festsetzung der Einlagen im Gesellschaftsvertrage böslicherweise zugefügten Schaden, vgl. auch H.G.B. §§ 202, 203 und die Emittenten von an der Börse eingeführten Wertpapieren nach dem Börsengesetz §§ 45, 46 hinsichtlich des Verschweigens von Tatsachen oder der Unterlassung ausreichender Prüfung für bösliches Verhalten. Gegenüber Aktionären endlich, welchen eine bösliche Handlungsweise zur Last fällt, kann im Rahmen der §§ 267, 269 H.G.B. Schadensersatz beansprucht werden.

Das B.G.B. legt mehrfach auf böswillige Unterlassungen Gewicht,

---

17) Vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 46 S. 900; Planck Anm. 4 zu § 276; and. Ansicht Staudinger Bd. 2 S. 111.

insbesondere § 324 Abs. 1 und 2 und § 615 Satz 2.[18] Dies ist etwas anderes als böslich, nämlich Absicht zu schaden.[19]

§ 64. Vertragliches und außervertragliches Verschulden.

I. Das B.G.B. behandelt im 25. Titel des 7. Abschnitts § 823 ff. die unerlaubten Handlungen und regelt dort namentlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen man außervertraglich für Rechtsverletzungen haftbar ist.

Die Untersuchung darüber, welches diese Voraussetzungen sind, ist erst später tunlich.

II. An diesem Ort ist nur festzustellen, wie sich die Haftung wegen unerlaubter Handlungen zu der wegen Verletzung vertragsmäßiger Verbindlichkeiten verhält.

1. Es ist davon auszugehen, daß im Sinne des B.G.B. die vorsätzliche wie die fahrlässige Verletzung von Vertragspflichten nicht als unerlaubte Handlung im Sinne des 25. Titels gilt, denn der Titel über die unerlaubten Handlungen sollte im wesentlichen an die Stelle der römischen Deliktsobligationen treten, welche neben den kontraktlichen standen und von ihnen streng gesondert waren.[1] [2]

2. Enthält aber die Verletzung einer Vertragspflicht zugleich, vom Vertrag abgesehen, den Tatbestand eines Delikts nach § 823 ff., so entsteht neben dem Vertragsanspruch ein Anspruch wegen der unerlaubten Handlung.[3] Beispielsweise ist dies bei Beschädigung oder Zerstörung einer entliehenen oder gemieteten Sache durch den Entlehner oder Mieter der Fall.[4]

---

18) Vgl. auch B.G.B. § 1567.

19) Die böswillige Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht gibt den Eltern wie auch dem Kinde einen Grund zur Entziehung des Pflichtteils, §§ 2333 Ziff. 4, 2334.

1) So auch Liszt a. a. O.; Goldmann und Lilienthal S. 185.

2) Anderes galt für den 6. Titel, Teil I des A.L.R.; O.Trib. Bd. 48 S. 40; Dernburg, Preuß. Pr.R. Bd. 2 § 74 Anm. 1.

3) Vgl. R.G. vom 4. Februar 1904 Jur.Woch. 1904 S. 166; O.L.G. Breslau vom 24. Oktober 1905 Recht 1905 S. 646. Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung 1905 insbes. S. 16 und 25 ff.; v. Blume, Vertragshaftung und Deliktshaftung Recht 1905 S. 481; Weyl, System der Verschuldungsbegriffe im B.G.B. 1905 insbesondere S. 267. [Nach O. Chr. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung 1905 S. 104 ff. erzeugt derselbe Tatbestand immer nur einen Anspruch, er läßt sich vielleicht aber auf mehrfache Weise begründen.]

4) Vgl. auch Planck Bd. 2 S. 965 Anm. 5 Abs. 2 und die dort angeführten Beispiele.

Dies entspricht dem bisherigen Recht. Das gemeine Recht insbesondere gewährte in solchem Falle neben der actio commodati oder locati die a. legis aquiliae. Es besteht kein Grund dafür, nach B.G.B. zu anderen Ergebnissen zu gelangen.

Jeder dieser Ansprüche untersteht den ihm eigentümlichen Rechtssätzen, z. B. bezüglich der Verjährung,[5] — § 852 — des Gerichtsstandes. Sie sind verschieden tatsächlich zu begründen. Aber die Ansprüche konkurrieren. Einmalige volle Befriedigung hebt beide auf.

3. Gemeinrechtlich ist bestritten, ob der Grund der Verhaftung aus einem Vertrag Einfluß auf die Deliktshaftung des Vertragsschuldners hat.[6] Dieselbe Streitfrage erhebt sich unter der Herrschaft des B.G.B. Man hat zu unterscheiden:

a) Das Vertragsverhältnis rechtfertigt nicht selten Handlungen, die ohne dieses unerlaubt wären, z. B. eine Eisenbahnverwaltung übersendet dem Vertrag entsprechend Waren in offenen Waggons, so daß sie durch die Funken der Lokomotive in Brand gesetzt werden. Was ohne den Vertrag Verschuldung wäre, ist es in diesem Falle nicht. Infolgedessen ist auch eine Haftung wegen B e s c h ä d i g u n g durch unerlaubte Handlung n i c h t begründet.[7]

b) Der Umstand allein, daß man aus dem Vertragsverhältnisse n u r für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit oder für die in eigenen Dingen gewohnte Sorgfalt verhaftet wird, ändert hingegen daran nichts, daß man außervertraglich leichte Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Denn wenn die Vertragspflicht leichte Versehen nicht in sich begreift, heißt dies nicht, daß sie erlaubt seien. Der unentgeltliche Verwahrer z. B., welcher nach § 690 nur für Sorgfalt in eigenen Dingen einsteht, wird aus dem Vertrage nicht haftbar, wenn er nach seiner gewohnten Weise die Obhut gegen Diebstahl verabsäumt. Wenn er aber die anvertraute Sache körperlich durch leichte Fahrlässigkeit beschädigt, trifft ihn die Haftung wegen unerlaubter Handlung ebenso wie einen dritten Schädiger, trotzdem er aus dem Vertrage hierfür nicht einsteht.[8]

---

5) Vgl. R.G. Bd. 33 S. 222.
6) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 131 Anm. 21.
7) So auch R.O.H.G. Bd. 15 S. 83. — Vgl. R.G. Bd. 33 S. 122. — Planck a. a. O. S. 966. — Crome in D.Jur.Zeit. 1904 S. 18: Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande.
8) Ebenso: Planck a. a. O.

§ 65. Grade der Verhaftung in einzelnen Verhältnissen.

I. Die hauptsächlichsten gesetzlichen Vorschriften sind folgende:

1. Regel ist, daß man, sofern die übrigen Voraussetzungen der Schadensersatzverpflichtung vorhanden sind, Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Dies gilt für Vertragspflichten nach § 276 Abs. 1 Satz 1, für außervertragliche Schädigungen nach § 823. Im ganzen entspricht dies dem bisherigen Rechte.

2. In gewissen Fällen greift eine mildere Behandlung ein, so daß die Individualität des Verpflichteten berücksichtigt wird, und diejenige Sorgfalt genügt, welche man in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, sog. **culpa in concreto.**[1]

Dies ist nach B.G.B. der Fall bei unentgeltlicher Verwahrung, § 690,[2] Gesellschaftsverpflichtungen, § 708,[3] hinsichtlich der aus dem ehelichen Verhältnis entspringenden Verpflichtung der Ehegatten, § 1359, der in Ausübung elterlicher Gewalt erwachsenen Verpflichtung der Eltern, §§ 1664 und 1686, endlich bezüglich der Verpflichtung des Vorerben gegenüber dem Nacherben, § 2131. Diese Vorschriften gelten auch für Handelsgeschäfte, § 347 Abs. 2 H.G.B.

Entbunden wird man hierdurch aber höchstens von der Haftung für leichte, nicht für grobe Fahrlässigkeit, § 277. Nur Minderung, nicht Steigerung der Verantwortlichkeit tritt infolgedessen ein.

3. Bloß für Vorsatz und grobes Verschulden haftet der Schenker, § 521, der Verleiher, § 599, der Finder, § 968, unter Umständen auch der unbeauftragte Geschäftsführer, § 680, ferner jeder Schuldner, solange sein Gläubiger im Verzug ist, § 300. Im H.G.B. § 347 Abs. 2 werden auch diese Vorschriften für Handelsgeschäfte aufrecht erhalten.

4. Der Beamte, welcher ein unrichtiges Urteil fällt, haftet infolge § 839 Abs. 2 in der Regel nur im Falle vorsätzlicher Pflichtverletzung.

5. Die Ansprüche des öffentlichrechtlich wegen Unfalls Versicherten

---

1) Die diligentia, quam in suis rebus adhjbere solet der Römer, vgl. l. 72 D. pro socio 17, 2; Pernice, Labeo Bd. 2 1. Aufl. S. 360.

2) Nach römischem Rechte haftete bekanntlich der Depositar nur für dolus und culpa lata. Aber der Jurist Celsus in l. 32 D. depositi 16, 2 nahm dessen Haftung für diligentia, quam in suis rebus an. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 86 Anm. 12. Damit stimmen ältere deutsche Statuten Stobbe-Lehmann Bd. 3 S. 294 und A.L.R. I, 14 § 12, sowie code civil art. 1927.

3) So schon l. 72 D. pro socio 17, 2.

gegen seinen Arbeitsherrn beschränken sich nach dem Unfallversicherungsgesetze vom 5. Juli 1900 § 135 auf vorsätzliche Schädigung.

6. Erweitert ist die nach Gesetz eintretende Haftung im B.G.B. bei der Genusschuld, § 279, beim Verzuge des Schuldners, § 827 Satz 2, bei auftragloser Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn, § 678, bei dem Gastaufnahmevertrag, §§ 701, 702, bei der Rückgabepflicht in Ansehung einer Sache, die durch unerlaubte Handlung erlangt ist, § 848. Auch in anderen Gesetzen findet sich vielfach eine Ausdehnung der Haftung, so im H.G.B. §§ 426, 429, 606, im Binnenschiffahrtsgesetz § 58, im Haftpflichtgesetz § 1.

II. Den Beteiligten steht frei, mildere oder strengere Haftung als die gesetzlich eintretende zu vereinbaren.

Die Haftung wegen Vorsatzes kann aber dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden, § 276 Abs. 2. So erklärten auch die Römer das pactum ne dolus praestetur für nichtig.[4] Denn blindes Vertrauen soll nicht vorsätzlicher Schädigung die Wege bahnen.

Ob die Befreiung in dem ursprünglichen Schuldvertrage geschah oder nachher, kommt nicht in Betracht, sie ist stets nichtig, wenn sie vor der dolosen Handlung erklärt war. Gleiches wird selbst dann gelten müssen, wenn sie erfolgte, ehe der Beschädigte Kenntnis von der vorsätzlichen Schädigung erhielt.

Zulässig ist es, die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit zu erlassen,[5] worüber man gemeinrechtlich stritt, weil die Römer die **culpa lata dem dolus gleichstellten.**[6] Zulässig ist auch die Ablehnung der Haftung für vorsätzliche Schädigung durch Vertreter und Hilfspersonen, § 278 letzter Satz. Aber die Ablehnung der Haftung für vorsätzlichen Schaden durch die Organe einer Korporation oder korporativen Gesellschaft, z. B. einer Aktiengesellschaft, kann nach dem Zwecke des § 276 Abs. 2 nicht anerkannt werden.

§ 66. Ausschließung des Verschuldens.[1]

I. Verschulden ist Willensfehler. Nur wer frei handelt, kann daher in Verschulden und wegen Verschulden schadensersatzpflichtig sein.

---

4) L. 23 D. de R. J. 50, 17 hoc enim bonae fidei judicio contrarium est.

5) Übereinstimmend: Gruchot Bd. 46 S. 900 und R.G. vom 17. Februar 1902 Jur.Woch. 1902 Beil. S. 194; Planck Anm. 4 zu § 276.

6) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 36.

1) Vgl. Liszt a. a. O. S. 85.

a) Daraus folgt, wenn es auch das B.G.B. nicht besonders besagt, daß überwältigender Zwang ein Verschulden und die Schadensersatzpflicht des Gezwungenen ausschließt. Nicht jede Drohung freilich, wenn auch mit ernsten Mitteln, genügt, um eine rechtsverletzende Tat zu entschuldigen. Entscheiden muß, welcher Widerstand gegen die Drohung in der menschlichen Gesellschaft von dem einzelnen gegenüber zugemutetem Unrecht erwartet werden darf.

b) Wer ferner den Befehlen eines Vorgesetzten gehorcht, gilt als unfrei und um deswillen ohne eigene Verantwortung, wenn er nach der staatlichen Ordnung zu unbedingtem Gehorsam verpflichtet war. So bestimmte das A.L.R. I, 6 § 47. Das B.G.B. spricht sich auch hierüber nicht aus. Aber die allgemeinen Grundsätze führen zu dem Ergebnis, welches das A.L.R. formulierte.[2]

2. Verschulden liegt nicht vor in Fällen berechtigter Notwehr. Es ist auch nicht Verschulden, wenn man im Notstande fremde Sachen beschädigt oder zerstört, also zu dem Zweck, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder anderen abzuwehren. Hiervon handelt das B.G.B. in seinem allgemeinen Teile, §§ 227 und 228. Im Anschlusse hieran behalten auch wir dem allgemeinen Teile die einschlagenden Fragen vor.

3. Unzurechnungsfähigkeit des Täters ferner schließt eine Verantwortung aus. Wenn sich der Handelnde aber absichtlich in den Zustand der Unfähigkeit versetzte, so haftet er für seine in dem unzurechnungsfähigen Zustande verübten, an sich schuldhaften Handlungen.

In diesem Sinne bestimmt für die „unerlaubten Handlungen" § 827, daß eine Schadenszufügung im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit nicht verantwortlich macht. Dies muß auch für einen hypnotischen Zustand gelten,[3] obgleich man darüber

---

2) Staatsbeamte können sich freilich nicht unbedingt damit entschuldigen, daß ihre vorgesetzte Behörde ihre Handlung genehmigt oder bestätigt oder auch veranlaßt hat. Ein Beispiel enthält Jur.Woch. 1893 S. 50 n. 51: Ein Gemeindevorsteher hatte den vom Landrat und Kreisausschusse bestätigten Gemeindebeschluß durchgeführt. Der Beschluß war ungültig, weil die Bestätigung durch den Bezirksausschuß fehlte! Das R.G. hat die gegen den Gemeindevorsteher erhobene Schadensersatzklage für begründet erachtet und den Einwand des Beklagten, er sei der Meinung gewesen, er müsse den von der höheren, ihm vorgesetzten Beschluß ausführen, zurückgewiesen. Denn diese Meinung enthalte einen Rechtsirrtum.

3) Übereinstimmend: Planck Anm. 1 zu § 827.

streiten kann, ob dieser als krankhaft bezeichnet werden kann. Es genügt, daß er die freie Willensentschließung benimmt.

Wer sich jedoch durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, wird für widerrechtliche Schadenszufügung während des Zustandes verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele. Unter „ähnlichen Mitteln" sind solche zu verstehen, die eine ähnliche Wirkung haben, z. B. Morphium. Auch genügt, daß man sich in den Zustand freiwillig versetzen läßt.

Versetzt man sich ohne Verschulden in den Zustand, insbesondere infolge ärztlicher Anordnung zu Heilzwecken, so ist man von Verantwortung frei.[4]

Dies alles ist auch für die Frage des Verschuldens in bestehenden Schuldverhältnissen maßgebend § 276 Abs. 1 Satz 3.

4. Für die unerlaubten Handlungen bestimmt weiter § 828, daß den Personen vor vollendetem 7. Lebensjahre kein Verschulden beizumessen ist, denjenigen, welche das 7., nicht aber das 18. vollendet haben, und Taubstummen dann nicht, wenn ihnen die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht fehlte.[5]

Auch dies gilt für Verschulden in bestehenden Schuldverhältnissen, § 276 Abs. 1 Satz 3.[6]

5. Daß derjenige, welcher in Ausübung seines Berufes einen anderen schädigt, nicht haftet, wenn er nach den Regeln seiner Kunst oder Wissenschaft handelt, ist zweifellos.[7] Dies gilt z. B. von dem herbeigerufenen Arzte, welcher einem gestürzten und bewußtlos Daliegenden das Bein abnimmt, weil er dies für notwendig erachtete und erachten durfte.

---

4) Beweislast. Wer den Schaden veranlaßt hat und im Wege der Klage verantwortlich gemacht wird, muß den die Haftbarkeit ausschließenden Zustand beweisen. Repliziert der Kläger, daß der Beklagte den vorübergehenden Zustand selbst herbeigeführt hat, so hat der Beklagte, um seine Verurteilung abzuwenden, zu beweisen, daß er nicht in Verschulden war. Ebenso: Planck Anm. 3 c zu § 827.

5) Daß diese Einsicht (ausnahmsweise) fehlte, hat der Schädiger zu beweisen R.G. vom 13. Februar 1902 Bd. 51 S. 30, vom 13. Juli 1905 Bd. 61 S. 239 und vom 31. Mai 1906 Jur.Woch. 1906 S. 472.

6) [Auch eine vorsichtige Anwendung des § 829 bei Vertragsverhältnissen ist trotz der Weglassung dieses Paragraphen in § 276 geboten. So Kohler, Lehrb. II S. 32, ferner bei Verletzung von Vertragspflichten Leonhard und Kuhlenbeck im Bankarchiv 1906 S. 153 und 285; Planck Anm. 5 zu § 829.]

7) Liszt a. a. O. S. 95.

Er läßt dann die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" nicht außer acht.

6. Das B.G.B. bestimmt nichts über Einwilligung des Verletzten in die ihn schädigende Handlung.

Der erste Entwurf § 706 sprach allgemein den Anspruch auf Schadensersatz ab, wenn der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt hatte, und zwar selbst in dem Falle, daß die Handlung trotz der Einwilligung widerrechtlich und strafbar war. Dies fand Widerspruch, namentlich für den Fall der körperlichen Beschädigung des Einwilligenden.[8] Die zweite Kommission ließ darnach die Bestimmung fallen. Die Frage ist also offen und nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Es ist mit Liszt[9] anzunehmen, daß der Einfluß der Einwilligung nur soweit reicht als die Möglichkeit, durch Vertragsschluß ohne Verletzung der guten Sitten über die eigene Rechtssphäre zu verfügen.

§ 67. Vertretung fremden Verschuldens.[1] Allgemeines.

I. Zwei Systeme stehen sich gegenüber.

1. Nach römischem Rechte[2] haftet man grundsätzlich nur für eigenes Verschulden. Daher steht man für das Verschulden von Angestellten und Gehilfen nur so weit ein, als man selbst, wenn auch nur mittelbar, in Schuld ist.

Solche Schuld kann in mangelnder Sorgfalt bei der Auswahl der Hilfsperson liegen — culpa in eligendo — oder in nachlässiger Überwachung — culpa in custodiendo —, nicht minder in Fehlern der Instruktion oder in schlechter Ausrüstung der Hilfsperson. Auch die Benutzung von Hilfspersonen in Fällen, in welchen sie vertraglich verboten war, ist Verschulden, welches für die schlechten Folgen ihres Tuns oder Lassens verantwortlich macht.

2. Entsprechend älterem deutschen Recht[3] erklärt code civil art.

---

8) Gutachten Bd. 2 S. 402.
9) Deliktsobligationen S. 96.

1) M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung 1896 S. 70; Nußbaum, Haftung für Hilfspersonen 1898; Kuhlenbeck, Rechtsprechung d. R.G. Teil II S. 42; Brückner in Zeitschr. Das Recht 1901 S. 299, 33., 373. Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen, eine Studie über § 278 B.G.B. 1902; Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem B.G.B. 1902; Feder, Dasselbe 1902; Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens 1905; Isay, Geschäftsführung S. 377 ff.; Schneider in Ihering Jahrb. 53.
2) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 38 und dort Angeführte.
3) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 803.

1384 und 1797 die Dienstherren und Unternehmer schlechthin für Dienstboten und Angestellte, sowie Eltern für Kinder als haftbar, ohne jede Rücksicht darauf, ob ihnen eigenes Verschulden zur Last fällt oder nicht.

Dies kann im einzelnen Falle zu Härten führen. Gleichwohl entspricht es dem Rechtsgefühle der unter der Herrschaft des französischen Rechts Lebenden.

II. Der römische Grundsatz ließ sich bereits in Rom nicht ausnahmslos durchführen. Insbesondere erklärte man den Unternehmer im Fall einer **locatio conductio operis** als haftbar für das Verschulden seiner Gehilfen bei Ausführung des Unternehmens ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden.[4] Dies dehnte die gemeinrechtliche Praxis den Bedürfnissen des Lebens entgegenkommend auf alle Fälle aus, in denen man vertragsmäßig die Verpflichtung zur Herbeiführung eines gewissen Erfolges versprochen hatte, so daß z. B. der Agent, welcher Vermittelung von Geschäften übernommen hatte, als verantwortlich für das Verschulden seiner Korrespondenten angesehen wurde.[5]

Das A.L.R. teilte im wesentlichen den Standpunkt des gemeinen Rechts.

III. Auch das B.G.B. lehnt das System des **code civil** ab, es folgt dem gemeinen Rechte nach seiner neueren Entwickelung und bildet es weiter aus. Hierdurch nimmt es eine vermittelnde Stellung zwischen dem römischen und dem französischen Recht ein. Dabei läßt es aber nicht wenige Zweifel offen.

§ 68. Die Vertretung fremden Verschuldens nach Reichsrecht.

I. Das B.G.B. behandelt die Haftung für Verschulden Dritter verschieden, je nachdem es sich um vertragliches oder außervertragliches Verschulden handelt.

Außervertraglich stehen Geschäftsherren, Eltern und andere Aufsichtspersonen für Versehen ihrer Angestellten, ihrer Kinder und anderer ihrer Aufsicht Unterstehenden nur ein, wenn ihnen zugleich eigenes Verschulden — in Auswahl, Aufsicht oder sonstiger Weise — zur Last liegt. Doch müssen sie beweisen, daß sie schuldfrei sind, §§ 831 und 832.

II. Bezüglich der Haftung aus Verträgen gibt § 278 Bestimmungen.

---

4) L. 25 § 7 D. locati 19, 2. Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 38 Anm. 8. Freilich ist die Stelle bestritten, vgl. auch Nußbaum a. a. O. S. 7.

5) R.G. Bd. 33 S. 169; vgl. R.G. Bd. 43 S. 143.

Hiernach hat vor allem der Schuldner Verschulden seines gesetzlichen Vertreters in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

a) Gesetzlicher Vertreter ist der Inhaber der elterlichen Gewalt, § 1626 ff., der Vormund, §§ 1773, 1896, der Pfleger, § 1909, der Beistand, § 1693, der Nachlaßpfleger, § 1960, der auf Grund des § 1981 bestellte Nachlaßverwalter[1], der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins, § 26 Abs. 2, einer Stiftung, §§ 86, und regelmäßig auch einer öffentlichen juristischen Person, sowie der Vertreter einer Aktiengesellschaft,[2] H.G.B. § 231.

b) Nur von bestehenden Schuldverhältnissen ist die Rede, wie sich aus dem Worte Schuldner im § 278 ergibt. Für Verschulden bei Vertragsverhandlungen, insbesondere für culpa in contrahendo, ist Haftung des Vertretenen nicht vorgeschrieben.

c) Es besteht kein Grund dafür, den Vertretenen auch für Verschulden haften zu lassen, welches dem Vertreter bei Gelegenheit der Ausführung des Geschäfts zur Last fällt, z. B. wenn ein Vormund bei Zahlung einer Mündelschuld mit dem Gläubiger in Streit gerät und ihn prügelt, oder wenn er ihn bei dieser Gelegenheit bestiehlt.[3]

d) Bei Schuldverhältnissen, bei welchen der Schuldner nur für Sorgfalt wie in eigenen Dingen einsteht, kann es zweifelhaft sein, ob die Person des Vertretenen oder des Vertreters in Betracht kommt. Das letztere ist das Richtige, denn sein Handeln und Unterlassen steht in Frage.[4]

III. Des weiteren wird im § 278 die Haftung des Schuldners für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch Hilfspersonen geregelt.[5, 6] In dieser Hinsicht ist vieles streitig.

---

1) Vgl. Planck Anm. 2 a zu § 278, dort auch abweichende Ansichten.

2) Über die Grenzen des § 278 hinaus bürdet § 31 dem rechtsfähigen Verein eine Haftung für schadensersatzpflichtige Handlungen seines Vorstandes und sonstiger verfassungsmäßig berufener Vertreter auf, sofern diese innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises gehandelt haben. Die Beschränkungen des § 278 auf ein bestehendes Schuldverhältnis und auf Verschuldung bei Erfüllung einer Verbindlichkeit gelten nicht für die Haftung des Vereins. Gleiches gilt für Stiftungen, § 86 und öffentlichrechtliche Körperschaften, § 89.

3) [Diese Ansicht ist nicht zu billigen. Gegen sie hauptsächlich Enneccerus I § 195, jetzt auch Kuhlenbeck bei Staudinger zu §278 III und die dort Angeführten.]

4) Vgl. Feder a. a. O. S. 76; Endemann Bd. I § 116 Anm. 5.

5) Eine — selbstverständliche — Anwendung des § 278 macht § 664 Abs. 1

a) Vorausgesetzt für die Haftung des Schuldners ist, daß die Erfüllung seiner vertraglichen Verbindlichkeit[7] durch die Hilfsperson unmittelbar oder mittelbar[8] auf dem Willen des Schuldners oder eines seiner Vertreter beruht. Hat ein unbeauftragter Geschäftsführer für den Schuldner erfüllt, so haftet dieser für das Verschulden jenes selbst dann nicht, wenn er dessen Geschäftsführung nachträglich genehmigt hat.[9]

b) Ob die Hilfsperson ein Angestellter des Schuldners ist oder ein selbständiger Gewerbetreibender war, macht keinen Unterschied.

c) Die Haftung des Schuldners bezieht sich nach § 278 auf die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten durch Hilfspersonen. Er ist also nicht verantwortlich, soweit er solche bei Ausübung seiner Befugnisse verwendet. Hieraus ergeben sich freilich Unterscheidungen, welche befremden. Der Mieter z. B. haftet für das Verschulden derjenigen seiner Leute, denen er die Obhut der Mietsache anvertraut hat; haben andere in seinem Dienste stehende Personen, z. B. die Amme seines Kindes, die Mietwohnung beschädigt, so steht er ohne eigenes Verschulden für deren Versehen nicht ein.[10]

---

für den Gehilfen des Beauftragten, § 691 am Schlusse, für den Gehilfen des Verwahrers. Auch für das Gesinde gilt § 278 nach Einf.Ges. Art. 95 Abs. 2. Vgl. Preuß. Ausf.Ges. z. B.G.B. Art. 14 § 1 Abs. 2, — Die Vorschrift des § 278 wird in § 351 in Bezug genommen. Das nach § 278 zu vertretende Verschulden eines andern schließt den Rücktritt ebenso aus, wie das eigene Verschulden des Berechtigten.

6) Der § 278 beruht, wie Nußbaum S. 49 mit Recht hervorhebt, nicht auf einem Prinzip. Er bildet ein an die geschichtliche Entwickelung des gemeinen Rechts sich anlehnendes Kompromiß zwischen zwei entgegenstehenden Auffassungen.

7) Gilt § 278 auch bei dinglichen Ansprüchen auf eine Leistung? So Nußbaum S. 53. Es liegt hierin eine vom Gesetz nicht beabsichtigte Erweiterung der Verpflichtungen aus dinglichen Rechten.

8) [Hierher gehörige Fälle sind unter anderm: der Testamentsvollstrecker (vgl. § 2197 und insbesondere § 2227), der Konkursverwalter (vgl. K.O. § 78 und insbesondere §§ 80 und 84 Abs. 1 Satz 2), der Zwangsverwalter (vgl. Zw.V.Ges. § 150 und insbesondere § 153), die Ehefrau in Ausübung der Schlüsselgewalt (vgl. B.G.B. § 1357, insbesondere Abs. 2). Vgl. auch Planck Bd. 2 S. 75 gegen Feder a. a. O. S. 25.]

9) So Nußbaum a. a. O. S. 52. Anderer Ansicht Oertmann zu § 278 Ziff. 3; Planck Anm. 2 b Abs. 3 zu § 278.

10) Ebenso: Bruck in Kohlers Arch. Bd. 27 S. 110, insbesondere S. 120; Obhutspflicht des Mieters. Weiter geht Rehbein Komm. S. 109; nach ihm haftet der Mieter dafür, daß die nach der Natur des Mietvertrags mit ihm das Recht aus dem Vertrag Ausübenden auch die damit verbundenen Pflichten erfüllen (vgl. § 549 Abs. 2); er hafte demgemäß für ein Verschulden der Angehörigen, des Gesindes, anderer Hausgenossen, der Logiergäste. Diese Ansicht erweitert den Inhalt des § 278 übermäßig. Bedient sich der Mieter zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten der Logiergäste? Logierbesuche verfolgen

d) Der Schuldner haftet nicht für Verschulden solcher Hilfspersonen, deren er sich nicht unmittelbar zur Erfüllung seiner Verpflichtung, sondern nur zu deren Vorbereitung bedient. Der Arzt haftet z. B. nicht für den Kutscher, der ihn zum Patienten fährt und bei diesem Schaden anrichtet.[11]

e) Streitig ist die Frage der Haftung des Schuldners für Verschulden, welches der Hilfsperson *nur bei Gelegenheit der Erfüllungshandlung* zur Last fällt.[12]

Für die Verneinung spricht, daß auch die bisherige gemeinrechtliche Praxis, an welche sich § 278 anlehnt, eine so weit gehende Haftung für die Hilfsperson nicht anerkannte.[13] Diese Beschränkung harmoniert auch mit anderen Bestimmungen der neuen Gesetzgebung, insbesondere mit B.G.B. § 31 und H.G.B. § 486 Ziff. 2. Allerdings erstreckt sich die Haftung des Frachtführers für seine Hilfsperson nach H.G.B. § 431 auch auf Handlungen, welche die Hilfsperson nicht unmittelbar bei Ausführung der ihr obliegenden Verrichtungen vorgenommen hat. Hierdurch soll aber, wie die Denkschrift des Bundesrats zu § 405 des Entwurfs des H.G.B. S. 261 hervorhebt, eine Erweiterung des § 278 des B.G.B. getroffen werden.[14]

[Nur wenn das Versehen der Hilfsperson zugleich eine Verletzung der Vertragspflicht enthält, tritt die Haftung des Schuldners ein.]

f) Bei Schuldverhältnissen, bei denen man nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet, tritt richtiger Ansicht nach Haftung für das Verschulden von Hilfspersonen nicht ein. Denn sie würde dem Zwecke, die Haftung bei jenen Schuldverhältnissen zu begrenzen, widersprechen.[15]

---

nicht solchen Zweck. And. Ans. auch Planck Anm. 2 b Abs. 2 zu § 278; Staudinger Anm. I 2 b Abs. 4 zu § 278. [Aber gehört nicht *jedes* Gesinde zu den Personen, deren sich der Herr zur Erfüllung seiner Obhutspflicht bedient?]

11) Vgl. Fischer a. a. O. S. 30.

12) Dafür Rümelin a. a. O. S. 88. Feder S. 29 und 56. Dagegen Nußbaum S. 73. Planck Anm. 3 und Staudinger Anm. III zu § 278 sowie Enneccerus-Lehmann, Endemann, Rehbein an den dort angef. Stellen; Josef im Recht 1905 S. 426; RG. vom 29. Mai 1906 Bd. 63 S. 341. Siehe auch Oertmann zu § 278.

13) Der Verkäufer einer Kuh also, welcher sie durch einen Boten in den Stall des Käufers schickt, haftet nicht, wenn der Bote bei dieser Gelegenheit die Viehmagd notzüchtet.

14) And. Ans. Saub 8. Aufl. Anm. 1 zu § 431.

15) Vgl. Nußbaum a. a. O. S. 88. Daß der Schenker z. B., welcher den Beschenkten die Übersendung eines Geschenkes versprochen hat, für die grobe Fahrlässigkeit des Überbringers des Geschenkes oder auch für dessen vorsätzliche Schädigungen einsteht, wenn ihm persönlich nicht mindestens grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, widerspräche dem Grundgedanken, welcher die

[Wer für die Sorgfalt haftet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, hat dafür einzustehen, daß die Hilfsperson ihrerseits dieses Maß von Sorgfalt beobachtet.] [16]

g) Nur wer die Erfüllung des Schuldverhältnisses als Vertragspartei verlangen kann, hat nach § 278 Anspruch auf Ersatz des durch die zugezogene Hilfsperson ihm zugefügten Schadens. Sind andere Personen durch die Hilfsperson beschädigt, so findet nur § 831 Anwendung.[17]

IV. Wie eben angedeutet, haftet der Frachtführer nach H.G.B. § 431 in höherem Maß als der gewöhnliche Unternehmer. Denn er hat hiernach das Verschulden seiner Leute schlechthin wie das eigene zu vertreten, Verschulden anderer Personen aber nur nach dem Grundsatze des § 278 des B.G.B.

V. Besonderes gilt nach altherkömmlichem, seerechtlichem Grundsatze bezüglich des Erwerbes durch die Schiffahrt.

Der Reeder haftet nach H.G.B. § 486 Ziff. 3 für das Verschulden der Schiffsbesatzung, aber nur mit Schiff und Fracht, sofern ihn nicht persönlich ein Verschulden trifft.

Dies hat das Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895 §§ 3 und 59 Abs. 3 auf die Binnenschiffahrt übertragen. Hiernach haftet der Eigentümer eines Flußschiffs für das Verschulden der Schiffsbesatzung in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen mit Schiff und Fracht.

Diese Haftung bezieht sich auf außervertragliche wie auf vertragliche Versehen.

VI. Eine besondere Vorschrift über die Haftung für fremdes Verschulden enthält § 549 Abs. 2. Der Mieter, der die Mietssache einem andern überläßt, haftet für ein Verschulden des andern beim Gebrauche der Mietssache selbst dann, wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat.

§ 69. Haftung bis zur höheren Gewalt.[1]

I. Häufig haftet der Schuldner schlechthin für den Mißerfolg, wenn er die übernommenen Leistungen nicht zu gutem Ende führte, es sei denn,

---

geminderte Verantwortlichkeit des Schenkers herbeigeführt hat. Einverstanden Oertmann zu § 278 Ziff. 8. Dagegen Planck Anm. 5 zu § 278.

16) Ebenso Planck Anm. 5 zu § 278. Kohler, Lehrb. II S. 35 § 10; Kuhlenbeck bei Staudinger zu § 278 II. Die §§ 690, 691 besagen nichts anderes.

17) [R.G. 63 S. 341. O.L.G. Dresden vom 29. April 1902 Aächs. Annalen Bd. 24 S. 125 auch Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 5 S. 375.]

1) Goldschmidt, Ztschr. f. H.R. Bd. 3 S. 79 ff., S. 331 ff. Vgl. denselben Bd. 16 S. 328. Exner, Begriff der höheren Gewalt in Grünhuts Zeitschrift

daß er zu seiner Entschuldigung eine überwältigende höhere Gewalt — vis major — dartun kann. So verhielt es sich im römischen Recht bei dem receptum nautarum cauponum.[2]

II. Nach Reichsrecht gehören hierher folgende Fälle:

1. Der Gastwirt ist für die aufgenommenen Sachen des Gastes verantwortlich, es sei denn der Schaden durch den Gast selbst, durch die Beschaffenheit der Sache oder höhere Gewalt verursacht, B.G.B. § 701 Abs. 1.[3]

2. Die dem öffentlichen Verkehre dienenden Eisenbahnen haften für Verlust oder Beschädigung der Frachtgüter von der Empfangnahme an bis zur Ablieferung an den Adressaten; es ist ihnen jedoch unter anderem der Beweis des Verlustes oder der Beschädigung durch höhere Gewalt offen gehalten, H.G.B. § 456.[4] Die Post ferner leistet im Falle der Beschädigung ihrer Reisenden Kur- und Verpflegungskosten, sofern nicht höhere Gewalt die Ursache war.[5]

3. Nach dem Reichshaftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871 § 1 hat der Unternehmer einer Eisenbahn im Falle der Tötung oder Beschädigung einer Person beim Betriebe Entschädigung zu leisten, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden der Betroffenen verursacht wurde.[6]

III. In allen diesen Fällen soll also der Verpflichtete nicht einfach durch Beweis gewöhnlichen Zufalls frei werden. Wie unterscheidet sich aber höhere Gewalt und anderer Zufall? Nicht dadurch, daß höhere Gewalt bloß Naturereignisse, z. B. Erdbeben, Bergsturz, Überschwemmung bezeichnet, denn es ist anerkannt, daß auch Einbruch von Feinden und

---

Bd. 10 S. 495; Dernburg daselbst Bd. 11 S. 334; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 39 und dort Angef.

2) L. 3 § 1 D. nautae caupones 4, 9.

3) So auch A.L.R. II, 8 § 447.

4) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. 2. Teil 1. Abs. S. 91. Staub 8. Aufl. Anm. 6 zu § 456. Vgl. ferner H.G. § 453 Ziff. 5.

5) Postgesetz § 11 Nr. 2. Bezüglich der Postsendungen hat das Postgesetz § 6 die Haftung nur für Schaden, „welche die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses sind", ausgeschlossen.

6) Das Preußische Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 § 25 verpflichtet in einigen Beziehungen weitergehend die Eisenbahn-Gesellschaft für allen Schaden, „welcher bei der Beförderung auf der Bahn entstand", und zwar an Personen und Sachen. Die Gesellschaft kann sich nur befreien durch den Nachweis „einer Schuld des Beschädigten oder eines unabwendbaren äußeren Zufalles". Steht die Schuld des Stellvertreters des Beschädigten der eigenen des Beschädigten in dieser Hinsicht gleich? R.G. Bd. 5 S. 232 verneint die Frage bei Beurteilung eines Falles, in welchem Schafe infolge der Schuld des Schäfers des Eigentümers überfahren waren.

Seeräubern höhere Gewalt bilden kann.[7] Ebensowenig dadurch, daß es sich um von „außen her" kommende Ereignisse handelt.[8] Der plötzlich ausbrechende Wahnsinn eines Kellners, welcher einen Gast beschädigt, kann höhere Gewalt sein.[9] Ein genügendes Merkmal läßt sich nur gewinnen, wenn man sich erinnert, daß es sich in allen Fällen, wo von Haftung bis zu höherer Gewalt die Rede ist, um ein fortgesetztes Gewerbe handelt.[10] Wer bloß einen einzelnen Kontrakt schließt, genügt seiner Pflicht, wenn er im gegebenen Fall alle Umsicht des ordentlichen Mannes anwendet. Wer aber das Gewerbe eines Wirtes, Frachtführers treibt, eine Eisenbahn im Betriebe hat, dem liegt mehr ob. Er soll dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen treffen, um diejenigen, welche mit ihm kontrahieren, oder auch Dritte gegen Schaden zu sichern, falls er ihn vernünftigerweise voraussehen und ihm zweckmäßigerweise begegnen konnte. Wer dies versäumt hat, haftet wegen der Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen, wenn ihm auch im gegebenen Falle kein Vorwurf gemacht werden kann.[11] Der Blitz ist daher heutzutage keine höhere Gewalt, soweit man ihn füglich durch Blitzableiter bannen konnte; der in einen Eisenbahnzug einschlagende Blitz ist höhere Gewalt. Dauerndes Regenwetter, welches die Frachtgüter beschädigte, ist keine höhere Gewalt, da die Verpackung hierauf eingerichtet sein mußte. Meuterei der Arbeiter einer Fabrik wird nicht als höhere Gewalt anzusehen sein, sofern sie durch eine umsichtige Leitung zu verhindern war.[12]

---

7) § 233 Z.P.O. spricht von Naturereignissen und anderen unabwendbaren Zufällen. Aus den Motiven S. 171 geht hervor, daß hier der Begriff der höheren Gewalt gemeint ist.

8) Dies behauptet Exner a. a. O., vgl. dazu Staub Anm. 8 a. a. O.

9) Auch kommt nichts darauf an, ob das Ereignis als möglicherweise eintretend vorausgesehen werden konnte, z. B. Schaden durch Strudel, Eisschollen, wenn nur alles geschah, was der Sachlage nach geschehen konnte, um ihm aus dem Wege zu gehen und den Schaden zu vermeiden. Vgl. Staub Anm. 9 zu § 456.

10) §§ 203, 1996 B.G.B. gehörte nicht hierher, da es sich dort nicht um Haftung bis zur höheren Gewalt handelt.

11) Beschädigung eines Schiffes durch Treibeis ist keine den Schiffer entschuldigende Gewalt, sofern die frühere rechtzeitige Ausladung der Ware möglich war. R.O.H.G. Bd. 12 S. 108.

12) In gleichem Sinne definiert R.G. Bd. 14 S. 83 höhere Gewalt „als ein mit aller denkbaren Umsicht unabwendbares Ereignis". So auch R.G. Bd. 19 S. 42, Bd. 21 S. 13 und 16; aber anders bei Gruchot Bd. 38 S. 1157. Vgl. weiter: für die Frage der Abwendbarkeit kommen nur solche Mittel in Betracht, deren Anwendung überhaupt möglich ist, ohne den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig auszuschließen, R.G. Bd. 21 S. 17; Gruchot Bd. 42 S. 1132, Bd. 37 S. 744; Jur.Woch. 1898 S. 295 n 53. Der

70. Beweis der Verschuldung.[1]

Hat der Gläubiger den Beweis der Verschuldung des Vertragsschuldners zu führen, wenn diese seinen Ansprüchen zugrunde liegt? Verschiedene Fälle sind zu unterscheiden:

1. Der Gläubiger fordert Erfüllung der Verbindlichkeit oder Entschädigung wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit infolge Unmöglichkeit der Leistung. Im ersten Falle genügt der Gläubiger seiner Beweis- und Anführungspflicht, wenn er die Begründung der Verpflichtung, insbesondere den Vertragsschluß nachweist.[2] Der Beklagte hat seine Befreiung darzutun, also namentlich, daß die Erfüllung ohne sein Verschulden unmöglich wurde. Denn wer seiner Pflicht, wie sie sich zunächst aus dem Vertrag ergibt, nicht genügt, hat dies der Natur der Sache nach zu rechtfertigen.[3] Zu seiner Rechtfertigung reicht an sich der Beweis des Untergangs oder der Verderbnis des Schuldgegenstandes durch Brand, Wassergewalt, Diebstahl usw. nicht aus. Es muß sich vielmehr aus den vom Beklagten darzulegenden, auf die Entstehung der Beschädigung bezüglichen Umständen ergeben, daß ihm bei jenen Ereignissen keine vertretbare Nachlässigkeit zur Last fiel, B.G.B. § 282. [Verlangt der Gläubiger Schadensersatz wegen der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung, so hat er die Unmöglichkeit, der Schuldner seine Freiheit von der Vertretungspflicht zu beweisen, § 282 (s. oben § 62 II 5).]

Der Beweis der Behauptung des Vorsatzes des Schuldners, wie auch des böslichen Handelns, H.G.B. § 202 Abs. 1 Satz 2, liegt dem Beschädigten ob; denn die Nichterfüllung ist ohne besonderen Anhalt nicht als böslich zu erachten.[4]

2. Zweifelhafter wird die Frage, wenn erfüllt ist und trotzdem Schadensersatz wegen Verschuldung gefordert wird. Dies kann hauptsächlich geschehen wegen Fehler in der Ausführung der ver-

---

Richter hat in der Begründung der Annahme der höheren Gewalt nicht die Maßregeln zu bezeichnen, die zur Abwendung des Unfalls geeignet gewesen wären, sondern es genügt, daß nach dem festgestellten Tatbestande die Unabwendbarkeit des Unfalls für nicht dargetan erschien, Gruchot Bd. 37 S. 744.

1) Bähr in Iherings Jahrbuch Bd. 13 S. 287; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 37 Anm. 12; Windscheid Bd. 2 § 265.

2) L. 9 § 4 D. locati 19, 2, l. 5 C. de pign. a. 4, 24.

3) R.O.H.G. Bd. 14 S. 17, Bd. 15 S. 293; R.G. bei Gruchot Bd. 29 S. 387, Bd. 30 S. 911, Bd. 33 S. 939; R.G. Bd. 33 S. 263; Jur.Woch. 1896 S. 401 n. 26; ferner für neues Recht R.G. 54, 28; 64, 254.

4) Vgl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 429.

traglichen Leistungen, z. B. der Geschäftsherr nimmt den Bevollmächtigten in Anspruch, weil dieser zahlungsunfähigen Personen kreditierte. Es kann ferner eine Verschuldung gerügt werden, welche bei Gelegenheit der Ausführung des Vertrags vorgekommen ist, z. B. bei Gelegenheit des Hausbaues beschädigen die Bauleute den Garten des Hausherrn. Offenbar hat hier der Kläger objektiv seine Beschädigung darzulegen und zu beweisen. Aber auch der Beweis des Verschuldens des Beklagten liegt in diesen Fällen dem Kläger ob, da es den Klagegrund bildet.[5]

Die Beweispflicht kehrt sich aber um, wenn der Kläger vom Beklagten, z. B. infolge Auftrags, Dienstvertrags, Gesellschaft Rechenschaft über die Ausführung des Vertrags fordern kann. Hier ist es Sache des Beklagten, nachzuweisen, daß der Fehler der Ausführung wie auch der bei Gelegenheit der Ausführung entstandene Schaden nicht auf seiner Schuld beruht.[6]

3. Wer nur für die Sorgfalt haftet, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, hat, um den Ausschluß der Haftung darzutun, zu beweisen, daß er in eigenen Angelegenheiten keine größere Sorgfalt anzuwenden pflege.[7]

Vierzehntes Kapitel.

Der Verzug.

I. Verzug des Schuldners.[1]

§ 71. Voraussetzungen des Verzugs des Schuldners.

I. Nicht bloß vollständige, sondern auch pünktliche Erfüllung ist das Recht des Gläubigers.[2] Aber im Leben treten oft unvorhergesehene Ereignisse ein, welche bei bestem Willen des Schuldners die Rechtzeitig-

5) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 7 n. 31.

6) L. 11 D. de probat. 22, 3, l. 1 § 13 D. de mag. conv. 27, 8; Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 45. Darnach legte das Oberappellationsgericht zu Lübeck einem Konsignator, welcher beim Verkauf der konsignierten Waren erheblich weniger als die in der Konsignationsfaktura aufgeführten Preise erlöste, den Beweis auf, daß er ungeachtet der Aufwendung der einem ordentlichen Kaufmann obliegenden Sorgfalt dennoch nicht imstande gewesen sei, ein höheres Verkaufsergebnis für die konsignierten Waren zu erlangen.

7) Planck Bd. 2 S. 74.

1) Gemeinrechtlich Fr. Mommsen, Die Lehre von der Mora 1855; G. Lehmann, Die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge 1901; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 40 ff.; Kuhlenbeck II, 1 S. 100; Paech, Der Leistungsverzug 1902; Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürg. Recht 1901. — H. de Claprède, Beiträge zur Lehre vom Leistungsverzug, Genf 1903.

2) Mangelhafte Leistung gewährt dem Empfänger einen Anspruch aus der Gewährleistung, nicht aber aus dem Verzuge.

keit der Erfüllung hindern. Dies muß sich der Gläubiger vorausſagen. Darauf hat auch das Recht Rückſicht zu nehmen. Laxe Nachſicht iſt ſchädlich; übertriebene Strenge nicht minder.

Bei Gelegenheit einer einzelnen Frage ſprechen die Römer die für die ganze Verzugslehre wichtige Grundwahrheit aus: „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur“.[3]

Sie iſt auch für das B.G.B. zu beachten, denn ſeine Vorſchriften über den Verzug des Schuldners gründen ſich auf die des römiſchen Rechts.

II. Verzug des Schuldners oder Erfüllungsverzug — mora debitoris oder solvendi — liegt vor, wenn er unentſchuldbar nicht zur rechten Zeit leiſtet.[4] [5] Vorausgeſetzt iſt nach § 284[6]:

1. Fälligkeit der Forderung. Es muß die Zeit herangekommen ſein, mit welcher die unmittelbare Erfüllung verlangt werden kann. Dies iſt bei unbetagten und unbedingten Schuldverhältniſſen mit der Entſtehung der Schuld der Fall, bei betagten mit Eintritt des Termins, bei kündbaren mit der Kündigung und Ablauf der etwaigen Kündigungsfriſt, bei bedingten mit Eintritt der Bedingung. Bei Schulden aus Präſentationspapieren z. B. aus Inhaberpapieren, iſt zwar in der Regel die Präſentation nötig, damit der Schuldner in Verzug gerät. Sie iſt aber dann nicht erforderlich, wenn der Schuldner beſtimmt erklärt hat, daß er Erfüllung verweigere, entſprechen dem § 295 B.G.B.

Der Schuldner iſt nicht in Verzug, wenn ihm eine verzögerliche Einrede zur Seite ſteht. Namentlich muß der Gläubiger bei gegenſeitigen Verträgen zur Leiſtung Zug um Zug bereit ſein, ſofern dem Schuldner nicht nach der Natur des Geſchäfts oder Vereinbarung Vorleiſtung obliegt.

2. Für die Regel bedarf es der Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, zu erfüllen, der Mahnung — Interpellation. So

3) L. 91 § 1 D. de V. O. 45, 1. Siehe auch R.G. Bd. 14 S. 108.

4) Eine ſehr merkwürdige Begriffsbeſtimmung gibt Planck zu § 286 Ziff. 1 S. 64: „Verzug bedeutet die durch den Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leiſtung in Anſehung der Zeit.“ Und doch iſt zweifelsohne in Verzug, wer leiſten kann, aber böswillig nicht leiſtet. Vgl. auch Staudinger Anm. 1 zu § 286.

5) Die Vorſchriften des B.G.B. gelten auch für das Gebiet des Handelsrechts. Beſondere Vorſchriften enthält das durch E.G. zum B.G.B. Art. 32 aufrecht erhaltene Abzahlungsgeſetz vom 16. Mai 1894.

6) E. I § 245; Mot. Bd. 2 S. 56. — Kom.Prot. Bd. 1 S. 324.

B.G.B. § 284 Abs. 1 wie nach römischem Rechte. Denn daß der Gläubiger Erfüllung fordern kann, ergibt noch nicht, daß er sie zur Zeit will, namentlich nicht bei verzinslichen Forderungen. Diesen Willen tut in der Regel erst die Mahnung des Gläubigers kund.[7] Für die Mahnung gilt:

a) Sie hat nach der Fälligkeit der Schuld zu geschehen, § 284 Abs. 1 Satz 1.[8]

b) Sie muß den Willen des Gläubigers, daß ihm sofort oder zu einer von ihm bestimmten späteren Zeit geleistet werden soll, aussprechen. Eine bedingte Aufforderung, die zweifelhaft erscheinen läßt, ob überhaupt oder wann die Leistung begehrt wird, ist keine Mahnung.

c) Sie kann formlos erklärt werden und ist an bestimmte Worte nicht gebunden,[9] aber unzweideutig muß sie sein.

Die Übersendung einer Rechnung genügt nicht, da deren ausgesprochener Zweck nur ist, den Schuldner über den Betrag der Forderung zu verständigen. Übersendung einer quittierten Rechnung aber bildet eine Mahnung, da sie zur Zahlung Zug um Zug auffordert, nicht minder ein Postauftrag,[10] auf Grund dessen die Post die Erhebung des Schuldbetrags beim Schuldner versucht.

Viele behaupten, die Mahnung des Gläubigers sei wirkungslos,

---

7) Wenn aber im kaufmännischen Verkehre der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit bestimmt erklärt, er wolle nicht erfüllen, so überhebt dies den Gläubiger jeder weiteren Tätigkeit, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Alsdann hat der Schuldner sich selbst in Verzug gesetzt, ohne daß eine weitere Mahnung erforderlich wäre. R.G. vom 26. November 1901; Jur.Woch. 1902 S. 28 n. 23; auch Gruchot Bd. 46 S. 979; vgl. R.G. Bd. 4 S. 69, Bd. 7 S. 44; Jur.Woch. 1902 S. 252 Beilg. 10. — War aber in solchem Falle der Gläubiger außerstande, die ihm obliegende Leistung zu bewirken, so kann auch vom Verzuge des Schuldners nicht die Rede sein. R.G. vom 20. Juni 1902; Jur.Woch. 1902 Beilg. 10 S. 252. [Gegen die Ausdehnung dieser Entscheidung auf den „gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr" wendet sich zu Unrecht Planck Anm. 4 i zu § 284; gegen Planck Staudinger Anm. 2 g zu § 284.]

8) Motive Bd. 2 S. 59. So der Wortlaut des § 284. — Das R.G. führt jedoch aus, es dürfe diese Vorschrift nicht dahin verstanden werden, daß der die Mahnung enthaltende Rechtsakt auch zeitlich von dem die Fälligkeit begründenden Rechtsakt unterschieden werden müsse; es sei vielmehr durchaus zulässig, die Handlungen, welche die Fälligkeit begründen, und die Mahnung zu verbinden R.G. vom 11. April 1902 Entsch. Bd. 50 S. 255, 261. — Vgl. dagegen R.O.H.G. Bd. 7 S. 386.

9) R.G. vom 11. April 1902 Entsch. Bd. 50 S. 261.

10) [Über die siebentägige Lagerfrist von Postaufträgen (PostO. f. d. Deutsche Reich vom 20. März 1900 § 18 und für Bayern vom 23. März 1900 §§ 20, 41 Abs. 2) und ihre Einflußlosigkeit auf den Eintritt der zivilrechtlichen Verzugsfolgen. O.L.G. München in Seuff.Bl. f. Rechtsanw. 1905 S. 332.]

wenn er mehr oder anderes fordert, als ihm geschuldet wird.[11] Damit würde dem Schuldner ein weites Feld für Schikane und Verzögerung eröffnet. Denn oft meint der Gläubiger entschuldbarerweise, mehr oder anderes beanspruchen zu dürfen als ihm gebührt. Wenn die Mahnung nur deutlich erkennen läßt, welche Forderung erfüllt werden soll, so hat der Schuldner anzubieten, was er schuldet, es sei denn, daß der Gläubiger erkennen läßt, daß er anderes als er fordert, und anderswo nicht annehmen will.[12]

Die Geltung der Mahnung ist auch keineswegs davon abhängig, daß sich der Gläubiger bei der Mahnung zur Leistung einer ihm obliegenden, Zug um Zug zu erfüllenden Gegenleistung ausdrücklich bereit erklärt. Freilich, wenn der Gläubiger seinerseits die Gegenleistung verweigert, kommt der andere Teil nicht in Verzug.[13]

d) Erhebung der Klage auf die Leistung, sowie Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren wird der Mahnung, § 284 Abs. 1 Satz 2, ausdrücklich gleichgestellt.[14] [15]

In der Tat liegt hierin die nachdrücklichste Mahnung.

---

11) So ausdrücklich altes H.G.B. Art. 288.

12) R.G. vom 8. Januar 1904 Seufferts Archiv 59 Nr. 219; Oertmann zu § 284 Ziff. 1; Staudinger Anm. 2 b α zu § 284; siehe R.O.H.G. Bd. 9 S. 271, Bd. 16 S. 200, Bd. 18 S. 276; R.G. Bd. 9 S. 141, Bd. 14 S. 108; Seufferts Archiv Bd. 32 n. 309; O.L.G. Stuttgart vom 9. März 1903 Recht 1903 S. 209 sowie O.L.G. Posen vom 19. Mai 1904 Jur.Mon. f. Posen 1904 S. 102.

13) Ebenso: Planck Anm. 4 d; Staudinger Anm. 2 b zu § 284; vgl. auch O.L.G. Hamburg vom 8. Dezember 1904 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 10 S. 172.

14) Eine Feststellungsklage enthält der Regel nach eine Mahnung nicht, wohl aber die auf Leistung gerichtete Wiederklage. Eine Ladung zum Sühnetermin auf Grund des § 510 Z.P.O. wird der Regel nach als Mahnung gelten. And. Anf. Planck Anm. 5 zu § 284. Ist die Klage auf Leistung vor Fälligkeit erhoben, so liegt in der Fortsetzung des Verfahrens Mahnung, wenn die Forderung während Schwebens des Rechtsstreits fällig wird, R.G. Bd. 8 S. 415; Jur.Woch. 1886 S. 346 n. 4, 1897 S. 229 n. 5; Seufferts Archiv Bd. 37 n. 151. Dies gilt auch, wenn der Anspruch erst in der Berufungsinstanz fällig wird, Jur.Woch. 1884 S. 313 n. 49, mag auch der Rechtsstreit auf Grund der eingelegten Revision in die Berufungsinstanz zurückverwiesen sein, Jur.Woch. 1886 S. 346 n. 4. — Streitig ist, ob die in der Revisionsinstanz eingetretene Fälligkeit vom Revisionsrichter berücksichtigt werden kann. Dies verneint Bolze Bd. 8 n 972 S. 408. Ist zunächst auf Feststellung geklagt, dann mit Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Fälligkeit der Anspruch auf Leistung gerichtet — R.G. Bd. 27 S. 346 —, so enthält die Fortsetzung des Verfahrens eine Mahnung.

15) Bolze Bd. 17 n. 629. Die Enteignungssumme ist im gerichtlichen Verfahren herabgesetzt. Der Rückforderungsanspruch erwächst erst mit der Entscheidung, nicht mit der Erhebung der Klage, § 36 Abs. 3 des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874. Durch die Klagezustellung war Verzug hiernach nicht begründet.

e) Der mahnende Gläubiger muß voll geschäftsfähig sein, es darf ihm auch das Recht der Verfügung über die Forderung nicht rechtsgültig entzogen sein. [Wer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann selbständig mahnen.[16]]

Durch einen legitimierten Vertreter des Gläubigers geschieht zwar die Mahnung gültig; wenn er aber die Vollmachtsurkunde nicht vorlegt, und der Schuldner die Mahnung aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, ist sie unwirksam — bis zu deren Vorlegung, § 174.

Mahnung durch einen unbeauftragten Geschäftsführer ist unwirksam, auch wenn der Schuldner Vorlegung der Vollmacht nicht forderte. Genehmigt der Gläubiger solche Mahnung dem Schuldner gegenüber nachträglich, so liegt hierin eine Mahnung.

f) Der Zessionar der Forderung ist zur Mahnung befugt. Sie ist aber unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung der Abtretungsurkunde geschieht und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, § 410, vgl. § 1160.[17]

g) Die Mahnung muß, um wirksam zu werden, dem Schuldner[18] oder seinem zum Empfange solcher Erklärungen berechtigten Vertreter zugegangen sein. Wann dies anzunehmen ist, muß nach den Umständen und der Verkehrssitte beurteilt werden, vgl. § 130.

h) Selbstverständlich hat die Mahnung am gehörigen Ort und zu gehöriger Zeit zu erfolgen,[19] wenn sie Beachtung in Anspruch nehmen soll. Auch hierüber können nur die Umstände und der Brauch des Lebens entscheiden.

3. Gemeinrechtlich lehrte man „dies interpellat pro homine", d. h. fester Termin ersetzt die Mahnung.[20] Dies war nicht römischrechtlich, obwohl man es aus römischen Quellen zu beweisen suchte. Es leiteten vielmehr deutschrechtliche Anschauungen.[21] Auch das A.L.R. I, 16 § 20 übernahm den Grundsatz, wogegen ihn code civil verwarf. Er ist in das B.G.B. übergegangen, § 284 Abs. 2.

---

16) § 107 B.G.B.; Planck Anm. 4 b zu § 284.

17) Vgl. unten Bd. 3 § 214 Abschnitt 6. — Über Mahnung einer im Nießbrauche stehenden verzinslichen Forderung vgl. Bd. 3 § 193 Abschnitt II B, 3 Bd. 3 d. 4. Aufl.

18) Bei einem Gesamtschuldverhältnis bringt die Mahnung nur demjenigen Mitschuldner in Verzug, an den die Mahnung gerichtet ist, § 425 Abs. 2.

19) L. 32 D. de usuris 22, 1.

20) Dies seit der Zeit der Glossatoren. über die Streitfrage vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 40 Anm. 14.

21) Stobbe-Lehmann, D.P.R. Bd. 3 § 229.

Es bedarf hiernach zum Verzuge des Schuldners keiner Mahnung, wenn die Zeit der Fälligkeit der Schuld durch den Kalender — sei es nach Rechtsgeschäft, Urteil oder besonderem Gesetz [22] — bestimmt ist und ablief, ohne daß die Leistung erfolgte, ebensowenig, wenn die Fälligkeit von einer Kündigungsfrist abhängig ist und diese sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt.

Ist die Fälligkeit vom Ablauf einer kalendermäßig zu berechnenden Frist abhängig, z. B. zahlbar binnen 2 Monaten, so tritt mit Nichtleistung am letzten Tage der Frist Verzug ohne Mahnung ein.[23]

Das Gesetz gibt Auslegungsregeln, welcher Tag unter Anfang, Mitte oder Ende des Monats zu verstehen ist, § 192. In solcher Zeitbestimmung ist aber ein Termin „nach dem Kalender" nicht enthalten.

III. Gemeinrechtlich war streitig, ob der Verzug des Schuldners Verschulden erfordere.

Die herrschende Meinung bejahte dies.[24] Sie machte also einen Unterschied zwischen dem böswilligen Nichtzahler und dem redlichen, wie auf dem Gebiete des Sachenrechts zwischen dem redlichen und dem unredlichen Besitzer. Nicht anders war es nach preußischem Rechte.[25]

Auch das B.G.B. § 285 folgt dem. In Verzug kommt der Schuldner hiernach nicht, solange die Leistung aus einem Grunde unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.[26] Dies muß er aber beweisen.

Nicht zu vertreten sind vor allem äußere Hindernisse, z. B. Unterbrechung der Verkehrsverbindung durch Wassernot oder Krieg. Auch ein unverschuldeter, unvermutet ausbrechender Arbeiterstreik kann hierher gehören. Unverschuldete Unkenntnis der Schuld und ihres Betrags entschuldigt gleichfalls.[27]

---

22) A.L.R. I, 16 § 20.

23) Hat der Gläubiger durch sein Verhalten die Verspätung der kalendermäßig bestimmten Leistung herbeigeführt, so kommt der Schuldner nicht in Verzug. Dem Gläubiger würde der Einwand des Dolus entgegengesetzt werden können. R.G. in Jur.Woch. 1895 S. 249 n. 36; Pr.O.Tr. Bd. 73 S. 57.

24) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 40.

25) Striethorst Archiv Bd. 88 S. 320.

26) Z. B. infolge schwerer Erkrankung R.G. vom 11. Juli 1903 Jur. Woch. 1903 Beilg. 114. Der Konkurs des Schuldners gehört nicht zu den Ereignissen, die er nicht zu vertreten hat. Dennoch können Verzugszinsen seit Eröffnung des Verfahrens gegen die Konkursmasse nicht geltend gemacht werden, § 63 K.O.

27) R.G. Bd. 36 S. 43. Irrtümliche Vertragsauslegung schließt ein Verschulden des Verpflichteten und Leistungsverzug nicht notwendig aus; R.G. in Jur.Woch. 1895 S. 25 n. 78.

Bedient sich der Schuldner zur Erfüllung einer Hilfsperson, welche die Verzögerung veranlaßt, so muß er dies vertreten und wird nur befreit, wenn er deren Schuldlosigkeit dartut. Dies gilt z. B. auch für Verzögerung einer Sendung durch die Post oder Eisenbahn. Doch kann die Vertragsabsicht auf anderes führen.

Der Schuldner einer Gattungsschuld hat nach § 279 schlechthin sein Unvermögen zur Leistung zu vertreten. Dies ist etwas Singuläres. Auf bloße Verzögerung der Leistung muß man dies nicht beziehen.[28]

IV. [Besteht die Verpflichtung des Schuldners in einem Unterlassen, so kann es wie keine Erfüllungszeit, so auch keinen Verzug geben. Wohl aber können bei Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten die für den Verzug gegebenen Bestimmungen entsprechende Anwendung finden. Näheres in der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen.]

§ 72. Die Folgen des Verzugs des Schuldners.

I. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen, § 286 Abs. 1.[1]

Dieser Grundsatz entspricht dem bisherigen Rechte wie dem Wesen der Sache.[2] [3] Um aber dem Gläubiger die Durchführung seines Anspruchs, insbesondere den Beweis seines Schadens zu erleichtern, hat das römische Recht noch besondere Rechtssätze entwickelt, welche in die neueren Gesetzgebungen und in das B.G.B. §§ 286 [4] bis 290 übergegangen sind.

---

28) And. Ans. Planck Anm. 7 f. Abs. 2 zu § 284.

1) Über das Verhältnis von § 276 zu § 286 s. R.G. 68, 192.

2) Quanti interest, moran factam non esse l. 36 § 2 D. de usufructu 7, 1, l. 112 D. de V. O. 45, 1.

3) Dem ältesten deutschen Rechte war die Verpflichtung zur Leistung des Interesses im Falle eines Verzugs des Schuldners fremd. Das in der Mora liegende Unrecht wurde durch gesetzlich fixierte Verzugsbußen gesühnt; Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Rechte S. 33 ff., S. 250 ff. Im Mittelalter finden sich Vereinbarungen über künftigen Ersatz des Schadens im Falle des Verzugs, insbesondere die Klausel, daß der Gläubiger das schuldige Geld auf Schaden nehmen, d. h. bei einem Juden aufnehmen dürfe, wodurch der Schuldner verpflichtet wurde, dem Juden die vorgestreckte Summe mit Zinsen zu bezahlen; Stobbe, Vertragsrecht S. 40 ff. Allmählich erst wurde im Mittelalter der gesetzliche Anspruch auf Schadensersatz anerkannt. Verzugszinsen jedoch fanden wegen des kanonischen Zinsenverbots längere Zeit Anstand, erst nach dem Rechsdeputationsabschiede von 1600 § 139 schwanden die Bedenken.

4) E. 1 § 247 ff.; Mot. Bd. 2 S. 61.

Weitere Regeln stellen für gegenseitige Verträge §§ 326 und 327 auf; darüber unten.[5]

II. Die einzelnen Verzugsfolgen sind:

1. Der Schuldner hat während seines Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten, § 287 Satz 1.

Dies gilt selbst für den Schenker. Denn nur für Verzugszinsen gewährt ihm § 522 eine Vergünstigung.

2. Der altrömische Satz, daß Schuldnerverzug die Obligation perpetuiere,[6] ist in das B.G.B. § 287 Satz 2 übergegangen, so daß der Schuldner für die während des Verzugs eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich wird.

Die römische Rechtsprechung führte dies auf eine dem Gläubiger günstige Vermutung zurück, wonach der Zufall bei rechtzeitiger Leistung den Gläubiger nicht getroffen hätte, und verstattete folgerecht dem Schuldner den Gegenbeweis, daß dies im gegebenen Falle nicht zutreffe. Dies hat B.G.B. gleichfalls übernommen.

Ist z. B. das verkaufte Pferd nach dem Verzuge des Schuldners an einer Seuche zugrunde gegangen, so haftet der säumige Verkäufer zwar an und für sich für diesen Zufall; kann er aber die Wahrscheinlichkeit dartun, daß die Seuche das Pferd bei dem Käufer, seinem Nachbarn, wenn es ihm rechtzeitig geliefert worden wäre, ebenso weggerafft hätte, so wird er von der Verantwortlichkeit frei. Freilich wird er auch darzutun haben, daß der Nachbar das Pferd voraussichtlich nicht verkauft hätte, daß er es vielmehr zum eigenen Gebrauch erworben habe. Denn sonst wäre der Gegenbeweis nicht erbracht, daß der Schaden auch den Gläubiger bei rechtzeitiger Leistung getroffen hätte.[7]

---

5) Für Schuldverhältnisse, welche vor dem 1. Januar 1900 begründet sind, gelten nach Einf.Ges. 170, auch wenn der Verzug nachher eintrat, die Verzugsfolgen des alten Rechts, selbst für die Höhe der Verzugszinsen. Dafür spricht der Wortlaut des Gesetzes, aber auch der innere Grund, daß die Bestimmungen der Schuldverträge auch mit Rücksicht auf die zur Zeit des Vertragsschlusses geltenden Verzugsfolgen geformt werden. R.G. v. 10. Okt. 1902 Bd. 52 S. 261 und v. 23. Mai 1903 Jur.Woch. 1903 Beilg. S. 85. Vgl. jedoch R.G. vom 16. Februar 1900; Jur.Wochenschr. 1900 S. 269; R.G. vom 26. April 1900; D.Jur.Ztg. 1900 S. 251; R.G. vom 19. Mai 1900 das. S. 301; Kammerg. in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1900 S. 8; Staub in D.Jur.Ztg. 1900 S. 42, 64, 126; Hölder ebenda S. 101; Salmann ebenda S. 90; Goldenring ebenda S. 133; Keyßner ebenda S. 113; Mannhardt in Hanseat.Ger. Beilg. 1900 S. 29; Goldfeld das. S. 60; Stötzel in Das Recht 1900 S. 137; Neukamp das. S. 77; Neumann in Jur.Wochenschr. 1900 S. 506; Staudinger Anm. 6 zu § 288 und dort Angef.

6) L. 91 § 3 D. de V. O. 45, 1 Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 41 Anm. 2.

7) Auch dies ist dem römischen Recht entnommen. Manche, z. B. Staudinger Anm. 2 b zu § 287, nehmen an, der Gläubiger habe gegenüber

Der Gegenbeweis kann auch durch den Nachweis geführt werden, daß die Sache beim Gläubiger durch einen Zufall anderer Art zugrunde gerichtet worden wäre, als derjenige war, welcher sie in der Tat beim Schuldner traf.[8] Z. B. das Pferd, welches beim Schuldner durch eine Seuche weggerafft wurde, wäre beim Gläubiger im Falle rechtzeitiger Leistung um deswillen zugrunde gegangen, weil gerade zur Leistungszeit feindliche Truppen bei ihm plünderten und großes und kleines Vieh wegnahmen.[9] Der Gegenbeweis ist fein ausgedacht.

Was für die zufällige Unmöglichkeit der Leistung, gilt auch für die zufällige Verschlechterung.

3. Der Schuldner haftet gemeinrechtlich[10] für die nach dem Verzug eingetretene Preisminderung des Schuldgegenstandes. Der Schaden durch Verschlechterung der Sache und durch Sinken des Preises ist in gleicher Weise zu behandeln. Nur wenn der Schuldner beweist, daß der Gläubiger voraussichtlich das Geleistete nicht veräußert hätte, daß ihn also der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung getroffen hätte, wird er von der Haftung für Preisminderung entlastet. Dasselbe muß gemäß § 286 Abs. 1 nach B.G.B. gelten.[11]

Höheren Preis, welchen der Schuldgegenstand in der Zwischenzeit zwischen Verzug und Urteil vorübergehend hatte, kann der Gläubiger nur

---

dem Nachweise, daß die Sache auch bei ihm zugrunde gegangen sei, darzutun, er würde sie veräußert haben. So namentlich auf dem Boden des preußischen Rechts Eccius Bd. 1 § 105 Anm. 44; R.O.H.G. Bd. 9 S. 141, Bd. 21 S. 241. Dagegen Dernburg, Preuß.P.R. Bd. 2 § 72 Anm. 10 unter der Äußerung: „Ist es gerecht, den Gläubiger, der durch den Verzug des Schuldners in die nachteilige Lage versetzt ist, mit solchen Beweisen zu beschweren?" Gemeinrechtlich legt die herrschende Ansicht dem Schuldner den Beweis auf. So auch die Motive Bd. 2 S. 64 und die Kommentatoren zu § 287, insbesondere Planck Anm. 2.

8) Windscheid Bd. 2 § 258 Anm. 15; Staudinger Anm. 2 a und Planck Anm. 2 zu § 287.

9) § 287 gilt, wie auch die Motive hervorheben, nicht bloß bei Sachleistungen, sondern auch wenn Handlungen geschuldet werden.

10) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 41 Ziff. 2; Mommsen a. a. O. Bd. 3 S. 207.

11) Die Motive freilich sind anderer Ansicht. Sie führen aus: „Die Gleichstellung der zufälligen Wertverringerung durch Sinken der Preise läßt sich kaum rechtfertigen. Dem Gläubiger ist nur nach allgemeinen Grundsätzen unbenommen, zu beweisen, daß er den Schuldgegenstand bei rechtzeitiger Leistung vor der Wertverminderung nach Eintritt des Verzugs verkauft haben würde." Dies harmoniert nicht mit der Verteilung der Beweislast durch die Motive bei zufälligem Untergange des Schuldgegenstandes. Darnach läßt sich nur der Gegenbeweis rechtfertigen, daß der Gläubiger nicht verkauft hätte. Ebenso: Planck Anm. 3 zu § 287, dagegen Staudinger Anm. 2 d zu § 287. Anders auch für preußisches Recht, R.O.H.G. Bd. 9 S. 139. Vgl. ferner R.O.H.G. Bd. 8 S. 115, Bd. 11 S. 9 und S. 17, Bd. 21 S. 218, Bd. 25 S. 241; Striethorst Arch. Bd. 79 S. 3.

beanspruchen, wenn er nach den Umständen, insbesondere getroffenen Veranstaltungen, wahrscheinlich machen kann, daß er ihn bei rechtzeitiger Erfüllung erlangt hätte,[12] § 252.

4. Von Geldschulden gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen,[13 14 15 16] und zwar 4 %, § 288 Abs. 1 Satz 1, bei beiderseitigen Handelsgeschäften 5 %, H.G.B. § 352. Etwa bedungene höhere Zinsen sind fortzuentrichten, § 288 Abs. 1 Satz 2.

Geltendmachung weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen, § 288 Abs. 3, z. B. der Gläubiger schuldet selbst Geld, das er mit dem eingehenden hätte berichtigen können, zu höheren Zinsen.[17]

Die Verzugszinsen verjähren in vier Jahren, der etwa höhere Schadensersatz in 30 Jahren. Dies harmoniert freilich nicht recht.

Der Schenker schuldet keine Verzugszinsen, § 522, etwaigen Schaden hat er dem Beschenkten zu vergüten, wenn er auch bloß in Zinsverlust besteht. Auch dieser Anspruch ist nur in 30 Jahren verjährbar.

5. Von Verzugszinsen sind Zinsen nicht zu berechnen, Schaden der Verzögerung ist zu ersetzen, § 289, also auch wegen entgangenen Zinses vom Betrage der Verzugszinsen. Solcher Anspruch verjährt in 30 Jahren!

6. Der Schuldner hat vom Verzug an die Nutzungen des geschuldeten Gegenstandes zu erstatten, soweit er sie gewonnen hat oder infolge eigenen Verschuldens nicht gewann.

---

12) And. Ans. Windscheid-Kipp Bd. 2 § 280 Zus. 1; Planck Anm. 3 und Staudinger Anm. 2 d zu § 287. Beim Dieb machte das römische Recht eine Ausnahme, l. 8 § 1 D. de cond. furt. 13, 7.

13) Verzugszinsen können verlangt werden, wenn auch der schuldige Betrag noch nicht ausgemittelt war, aber die Grundsätze der Berechnung rechtlich feststanden, Bolze Bd. 4 n. 301, Bd. 7 n. 256, Bd. 9 n. 147.

14) Daß sich dies bei den römischen bonae fidei judica entwickelte, ist bekannt, l. 32 § 3 D. de usuris 22, l. 24 D. depositi 16, 3; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 40 Anm. 5; Petrazycki, Einkommen Bd. 2 §§ 7, 15.

15) Ob sich dies auch auf bestimmte Gelder — verschlossene Depots — bezieht, ist bestritten. E. I § 248 Abs. 3 bejahte ausdrücklich; die Streichung beweist nichts dagegen; Kom.Prot. Bd. 1 S. 327; anders Planck Anm. 3 zu § 288.

16) Nach § 1146 haftet das Grundstück für Verzugszinsen, wenn der Grundstückseigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Vgl. unten Bd. 3 § 222 Abschnitt 3.

17) Der Umstand allein, daß der landesübliche Zinsfuß zur Zeit des Verzugs am Markte ein höherer war, wird freilich nicht genügen, um den höheren Zins zu beanspruchen. Der Nachweis muß hinzukommen, daß der Gläubiger Geschäfte zu diesem höheren Zinse mit dem geschuldeten Gelde voraussichtlich gemacht hätte. Dies gilt auch, wenn der Gläubiger Kaufmann ist. Ebenso: Planck Anm. 2 zu § 288. And. Ans. Staub Komm. zum H.G.B. 8. Aufl. Anm. 8 zu § 352 und dort Angef.

Dies gilt nach gemeinem Recht. Es ist nicht minder als Folge des § 286 Abs. 1 nach B.G.B. anzunehmen.

7. Hat der Schuldner infolge des Verzugs Ersatz des Wertes eines untergegangenen geschuldeten Gegenstandes zu leisten, so hat er dessen Betrag von der Zeit an, welche der Wertbestimmung zugrunde gelegt wird, zu verzinsen. Entsprechendes gilt bezüglich des Wertersatzes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes, § 290.

8. Ist die Geltendmachung einer Forderung durch Endtermin beschränkt, so fällt diese Beschränkung weg, wenn der Schuldner vor dessen Eintritt in Verzug kommt.[18] Auch dies ergibt sich aus der Verpflichtung zum Ersatze jedes durch Verzug entstandenen Schadens, § 286 Abs. 1.

9. Die Kosten der Mahnung, durch welche der Schuldner in Verzug gesetzt wurde, hat der Gläubiger zu tragen, wenn nicht besondere Gründe bestehen, welche rechtfertigen, daß der Gläubiger für alle Nachteile schadlos gehalten wird, die ihm aus dem Schuldverhältnis erwachsen. Für Mahnungen, die an den im Verzuge befindlichen Schuldner gerichtet werden, z. B. seitens des Anwalts des Gläubigers in dessen Auftrage, hat der Schuldner die Kosten, z. B. die Anwaltsgebühren zu erstatten,[19] wenn dies ein den Umständen nach gerechtfertigter Versuch des Gläubigers war, zu seinem Gelde zu gelangen.

III. Erfüllungsverzug gab nach römischem und gemeinem Rechte dem anderen Teile kein Rücktrittsrecht vom Vertrage.

Dies gilt nach B.G.B. grundsätzlich gleichfalls. Bei gegenseitigen Verträgen bestehen jedoch besondere Vorschriften, § 326.

Aber auch bei einseitigen Verpflichtungen kann nach § 286 Abs. 2 der Gläubiger statt der Leistung, wenn diese infolge des Verzugs für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Dies z. B. auch bei Schenkungen und Vermächtnissen.

Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Falle des Verzugs des Schuldners beansprucht, hat selbstverständlich zu beweisen, daß die an sich geschuldete Leistung wegen jenes Verzugs kein Interesse mehr für ihn hat. Dem Gläubiger z. B. war ein Pferd versprochen, damit er es als

---

18) Vgl. l. 3 §§ 1 und 2 D. de adim. leg. 34, 4; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 41 Ziff. 4. Ebenso Windscheid II § 280 Anm. 21.

19) Seuffert, Archiv 60 Nr. 96 (O.L.G. Hamburg). Bl. für Rechtspfl. i. B. d. K. 1897 S. 92, 1893 S. 28, 1890 S. 43, 45; O.L.G. Braunschweig vom 4. Mai 1900; Ztschr. f. Rechtspfl. i. Braunschwg. 1901 S. 37; von Aken in Jur.Wochenschr. 1901 S. 118; Mannheim in Bad.Rechtsspr. 1901 S. 314 vgl. das. S. 77.

Reserveleutnant im Manöver brauchen sollte, während es ihm im Zivilstande nur zur Last wäre.

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beruht nicht auf Rücktritt vom Vertrage, sondern will diesen nur in anderer Form verwirklicht haben. Gleichwohl sollen die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 nach § 286 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Anwendung finden.[20]

§ 73. Beendigung des Verzugs des Schuldners.

I. Über die Beendigung des Verzugs des Schuldners trifft das B.G.B. keine Vorschriften. Es sind daher die allgemeinen Grundsätze, wie sie vorzugsweise das gemeine Recht entwickelte,[1] maßgebend.

II. Der Verzug des Schuldners hört hiernach auf:

1. durch vollständiges Zahlungsangebot zu passender Zeit und am passenden Orte.

Es macht keinen Unterschied, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter anbietet.[2]

Nur das Angebot aber reicht aus, welches die volle Schuld umfaßt, wie sie sich infolge des Verzugs gestaltet hat.

In der Regel bedarf es richtiger Ansicht nach eines tatsächlichen Angebots beim Gläubiger zur Beendigung des Schuldnerverzugs. Dies gilt selbst dann, wenn der Gläubiger den Schuldgegenstand nach dem Schuldvertrag abzuholen hat. Sollte der Gläubiger, welcher den Versuch des Holens bereits vergeblich machte, fortwährend auf Grund bloßer wörtlicher Erklärungen des säumigen Schuldners neue Versuche dieser Art machen müssen? Dann könnte man ihn leicht narren. Mindestens muß sich die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners in Tatsachen aussprechen, welche über dessen ernste Absicht, seiner Schuld zu genügen, keinen Zweifel lassen.[3]

2. Einwilligung des Gläubigers in das Stehenbleiben der Schuld beendet ferner regelmäßig den Verzug des Schuldners. Sie geschieht durch einen Vertrag über Stundung der

---

20) Rücktrittsbefugnis nimmt an Kohler, Lehrb. II S. 86.

1) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 42.

2) L. 72 § 2 D. de sol. 46, 3. B.G.B. § 267 Abs. 2 kommt bezüglich Beendigung des Verzugs des Schuldners nicht in Betracht. Denn der Gläubiger, welcher volle Leistung ablehnt, wozu er ja durch die angeführte Vorschrift in keiner Weise gezwungen wird, kann Verzugsfolgen weiter nicht geltend machen. Anderer Ansicht Planck Anm. 10 § 284.

3) Dagegen: Planck Anm. 10 zu § 284.

Schuld, nicht minder durch ein neues Geschäft, selbst wenn es ein bedingtes sein sollte, welches an die Stelle der versäumten Schuld tritt. Auch durch Annahme einer Sicherstellung oder eines fälligen Wechsels wird der Verzug beseitigt.

Der Verzug hört in solchen Fällen zwar auf, die Erweiterungen und Veränderungen, welche die Forderung bereits erfuhr, bleiben aber unberührt.[4] Natürlich kann aber der Gläubiger auch auf alle Ansprüche, welche ihm durch den Verzug erwachsen sind, verzichten.

Er kann ferner eine Stundung in dem Sinne gewähren, daß bei Verabsäumung der Nachfrist der Verzug als nicht beseitigt gilt.[5]

II. Verzug des Gläubigers.[1]

§ 74. Die Abnahmepflicht des Gläubigers und sein Verzug.

I. Die einseitige Forderung erzeugt Rechte, nicht Pflichten des Gläubigers, Pflichten des Schuldners, keine Rechte.

Dies gilt auch für die Abnahme des Schuldgegenstandes. Der Schenker z. B. kann nicht verlangen, daß ihm der Beschenkte den Gegenstand der Schenkung abnehme, wenn es ihn auch kränken mag, daß dies nicht geschieht; der Darlehnsschuldner ferner hat kein Mittel, den Gläubiger zur Entgegennahme der Darlehnssumme zu nötigen. Er kann Befreiung von seiner Schuld beanspruchen, auch den Schuldbetrag hinter-

---

4) Ist durch Unpünktlichkeit in der Zinszahlung das auf längere Zeit unkündbar hingegebene Darlehn kündbar geworden, so wird die Kündbarkeit nicht durch nachträgliche Zinszahlung und Annahme der Zinsen beeinträchtigt. Der Gläubiger braucht bei der nachträglichen Erfüllung sein Kündigungsrecht nicht vorzubehalten. R.G. vom 20. Dezember 1902; Jur.Wochenschr. 1902 Beilg. 3 S. 23.

5) Jur.Woch. 1888 S. 235 n. 16: „An sich muß es im Zweifel als der Natur einer gewährten Nachfrist entsprechend betrachtet werden, daß nach fruchtlosem Ablaufe derselben die Wirkungen des Verzuges wegen Verabsäumung des ursprünglichen Erfüllungstermines geltend gemacht werden können. Denn die Gewährung einer Nachfrist hat im Zweifel den Sinn, daß dem Säumigen die Möglichkeit einer nachträglichen purgatio morae eröffnet wird. Macht er davon keinen Gebrauch, so kommt er nicht erst jetzt in Verzug, sondern er ist von vornherein in demselben geblieben." — Über Stundung im B.G.B. s. §§ 509, 542, 641 Abs. 2.

1) Mommsen, Beitr. Bd. 3 1855 S. 284; Scheh, mora creditoris 1884; Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 262 und in seinem Archiv Bd. 13 S. 149; Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora creditoris im gemeinen Rechte und im B.G.B. 1898; Stadthagen in Gewerbeger. 5. Jahrg. 1900 Sp. 262 Annahmeverzug des Arbeitgebers; Rosenberg in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 141; Hohenstein in Gruchot Bd. 48 S. 711: § 326 B.G.B. und der Abnahmeverzug des Käufers; Derselbe in Kohlers Archiv Bd. 25 S. 69: Der Abnahme-Annahmeverzug des Käufers-Gläubigers.

legen, § 372, aber nicht verlangen, daß der Gläbiger dazu mitwirke, daß erfüllt wird.

Dies liegt anders bei gegenseitigen Obligationen. Hier steht Recht gegen Recht, Pflicht gegen Pflicht. Und daraus kann sich ergeben, daß der Teil, welcher Gläubiger einer Leistung ist, andererseits zu deren Abnahme verbunden wird.

So ist es namentlich beim Kaufvertrag. Nach gemeinem Recht war es allerdings streitig, ob der Käufer die gekaufte Ware abnehmen müsse; man bejahte dies meist nur für den Fall, daß der Verkäufer ein Interesse hieran dartun könne.[2] Nach A.L.R. nahm man aber die Verpflichtung zur Abnahme der Ware ohne weiteres an.[3] Ihm folgt das B.G.B. § 433 Abs. 2 durch die ausdrückliche Bestimmung, daß der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der gekauften Sache verpflichtet sei.

Der Schriftsteller, welcher sich mit dem Verzuge des Gläubigers neuerdings besonders beschäftigt hat, läßt dies nicht gelten.[4] Er führt Fälle an, in welchen die Ware für den Käufer nicht brauchbar und deren Abnahme für ihn höchst lästig ist. Doch hierdurch kann man eine unzweideutige Bestimmung des Gesetzes nicht wegräumen.

Pflicht zur Abnahme des fertigen Werks hat ferner der Besteller beim Werkvertrage nach § 640 Abs. 1. Sie soll aber nicht Platz greifen, wenn nach der Beschaffenheit des Werks die Abnahme ausgeschlossen ist. Überhaupt wird sie häufig als der Absicht der Beteiligten zuwider nicht anzunehmen sein, z. B. falls der Besteller Bauten auf seinem Boden bedungen hat, die er hinterher, weil sie ihm nicht passen, abbestellt.[5]

Eine Abnahmepflicht hat ferner der Auftraggeber und der Dienstherr, wenn der Beauftragte oder Angestellte etwas für ihn erworben hat,[6] nicht minder der Vermieter, Verleiher, Hinterleger, Verpfänder, wenn ihnen der andere Teil die gemietete, geliehene, verwahrte oder verpfändete Sache zurückgeben will.

---

2) Vgl. Barkhausen in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 30 S. 30; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 97 Anm. 8. — R.G. Bd. 30 S. 117, Bd. 14 S. 247. — Jur.Woch. 1887 S. 68 n. 17.

3) Vgl. R.G. Bd. 26 S. 215, Bd. 5 S. 392; Jur.Woch. 1889 S. 436 n. 22 und S. 365 n. 45.

4) Kohler in seinem Archiv Bd. 13 S. 174. Auch Lehrb. II S. 202.

5) Anders allerdings R.O.H.G. Bd. 11 S. 155. Dagegen mit Recht Kohler, Annahmeverzug in Iherings Jahrb. a. a. O. S. 267 ff.

6) L. 12 § 9 D. mandati 17, 1.

Die Abnahmepflicht ist jedoch keineswegs bei allen gegenseitigen Verträgen anzunehmen. Es kann namentlich der Dienstherr nicht genötigt werden, die versprochenen Dienste anzunehmen. Auch der Vermieter einer Wohnung kann nicht verlangen, daß der Mieter die Mietsache etwa während der ganzen Dauer der Mietzeit bewohne. Er kann dies nicht, trotzdem er ein Interesse daran haben kann, daß die Mietwohnung nicht leer bleibt.[7]

Wo eine Abnahmepflicht besteht, kann auf deren Erfüllung geklagt werden. Es kann daher der Gläubiger, welcher die Abnahmepflicht hat und sie verabsäumt, in Verzug des Schuldners kommen, wonach dann die weitgehenden Folgen, die ein solcher hat, insbesondere zum vollen Ersatze des dem anderen Teil erwachsenden Schadens, § 286 Abs. 1, eintreten.

II. Auch abgesehen von der nur unter besonderen Voraussetzungen eintretenden Verpflichtung zur Abnahme soll der Gläubiger durch Versagung seiner Mitwirkung die Lösung des Schuldverhältnisses nicht verhindern. Er kommt daher in Verzug — den Gläubiger- oder Abnahmeverzug —, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt, § 293.[8] Infolgedessen treffen ihn erhebliche Nachteile. Denn der Schuldner soll nicht dadurch leiden, daß ihn der Gläubiger hinhält.

III. Nicht selten bildet dieselbe Handlung zugleich Gläubigerverzug und Schuldnerverzug.[9] Fallen sie aber auch tatsächlich zusammen, so ist beides doch rechtlich zu unterscheiden. Es bleibt dem verletzten Teil überlassen, welchen Gesichtspunkt er vorkehrt, um die entsprechenden rechtlichen Folgerungen daraus zu ziehen.

IV. Der Gläubigerverzug stellt sich als Gegenstück zum Schuldnerverzug dar. Bei diesem ist das Verhalten des Schuldners der Grund, daß die Lösung des Schuldverhältnisses nicht erfolgt, bei jenem das Verhalten des Gläubigers.

Das B.G.B. suchte jedoch diesen im Wesen der Dinge begründeten Parallelismus zurückzudrängen. Um dies äußerlich zur Anschauung zu bringen, hat es dem Verzug des Gläubigers einen besonderen Titel, § 293 ff., gewidmet und ihn hierdurch vom Verzuge des Schuldners getrennt.

---

7) Anderer Ansicht Rehbein Bd. II S. 136.
8) Vgl. E. I § 254; Mot. Bd. 2 S. 68; Kom.Prot. Bd. 1 S. 328.
9) R.G. 57, 109.

Eine erhebliche sachliche Verschiedenheit liegt nach B.G.B. darin, daß zwar Verzug des Schuldners grundsätzlich dessen Verschulden fordert, Verzug des Gläubigers aber ohne Rücksicht auf sein Verschulden eintritt. Dies also auch dann, wenn der Gläubiger infolge entschuldbaren Irrtums die Leistung nicht abnimmt, nicht minder, wenn dies infolge höherer Gewalt geschehen ist.[10]

Natürlich kommt der Gläubiger aber nicht in Verzug, falls Arglist des Schuldners die Nichtabnahme der Leistung herbeigeführt hat.

§ 75. Voraussetzungen des Verzugs des Gläubigers.

I. Fundamentale Voraussetzung des Verzugs des Gläubigers ist, daß der Schuldner zur Erfüllung befugt,[1] imstande und bereit ist, §§ 294 und 297.

1. Nicht notwendig ist Fälligkeit der Schuld, daß also der Schuldner bereits zur Erfüllung verpflichtet war. Soweit der Schuldner berechtigt ist, vorher zu erfüllen, was bei betagten Forderungen nach B.G.B. § 271 Abs. 2 im Zweifel gilt, kann er den Gläubiger in Verzug setzen.

2. Der Schuldner muß zur Erfüllung imstande und willig sein. Von einem Verzuge des Gläubigers ist daher nicht die Rede, wenn die Erfüllung unmöglich ist.[2] Dies selbst dann, wenn die Unmöglichkeit in Ereignissen beruht, welche die Person des Gläubigers betreffen.

---

10) Gemeinrechtlich war die Frage sehr bestritten. Gegen das Erfordernis der Verschuldung zum Verzuge des Gläubigers Mommsen, Beiträge Bd. 3 § 17; insbesondere aber Kohler S. 409. Dafür Windscheid Bd. 2 § 345 Anm. 8; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 43 Anm. 9; Scheh S. 80.

1) Nur ein geschäftsfähiger Schuldner oder dessen gehöriger Vertreter kann anbieten. Wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, kann auch ein Dritter die Leistung bewirken, § 267; doch kann der Gläubiger, ohne in Verzug zu geraten, die Leistung des Dritten bei Widerspruch des Schuldners ablehnen. Hat aber der Dritte, wie in den Fällen der §§ 268, 1150, 1249 ein eigenes Befriedigungsrecht, so hat der Schuldner ein Widerspruchsrecht nicht, und der Gläubiger würde trotz des Widerspruchs in Verzug kommen. Bei einer Mehrheit von Schuldnern im Sinne der §§ 421, 427, 431 kann jeder die Leistung anbieten. Bei mehreren Gesamtgläubigern kann gegenüber jedem der Gläubiger das Angebot erfolgen, §§ 428, 432, sonst muß allen Gläubigern angeboten werden, § 432.

2) Kohler jedoch in seinem Archiv Bd. 13 S. 258 nimmt Verzug des Gläubigers auch an, wenn Leistungsunmöglichkeit vorhanden ist. Dies scheint weder mit dem Begriffe des Verzugs noch mit § 297 zu stimmen. [Eine Ausnahme von dem hier und von der herrschenden Meinung vertretenen Grundsatze, daß Annahmeverzug und Leistungsunmöglichkeit einander ausschließen, könnte nur beim Dienstvertrag [§ 615] gemacht werden, er ist aber auch hier aufrechtzuerhalten.]

II. Die bloße Erklärung des Schuldners, die Erfüllung vornehmen zu wollen, genügt keineswegs immer, um den Verzug des Gläubigers herbeizuführen. Denn Worte sind wohlfeil und oft täuschend. Nicht selten legen es böswillige Schuldner darauf an, durch vorgebliche Erfüllungsbereitschaft den Gläubiger wenigstens scheinbar in Verzug zu setzen, um hierdurch eine günstige Rechtslage für sich zu gewinnen.

1. Für die Regel bedarf es daher eines tatsächlichen Angebots der Leistung seitens des Schuldners — der Realoblation — § 294,[3] und zwar vollständig,[4] sowie am gehörigen Orte, z. B. nicht in der Kirche, und zu gehöriger Zeit, z. B. nicht so, daß man den Gläubiger nachts aus dem Schlafe schellt.

2. Es wäre aber unpraktische Vergeudung von Zeit und Kraft, auch dann den Versuch tatsächlicher Erfüllung zu fordern, wenn er offenbar vergeblich wäre. Daher ist in solchem Falle wörtliches Angebot — Verbaloblation — ausreichend,[5] [6] § 295,

a) wenn der Gläubiger dem Schuldner unzweideutig erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde.[7] Dies muß nicht ausdrück-

---

3) E. I § 255; Mot. Bd. 2 S. 69; Kom.Prot. Bd. 1 S. 329.

4) Vgl. O.L.G. Braunschweig vom 8. Dezember 1905 Recht 1906 S. 48. Geringfügige Unvollst.ndigkeit, z. B. einige zerbrochene Glasscheiben oder fehlende Schlüssel können die Verweigerung der Abnahme eines Gebäudes nicht rechtfertigen. Auch die Frage der Vollständigkeit ist „ex bono et aequo" zu beurteilen gemäß § 226. Entsprechender Abzug am Preise muß genügen. — Hat der Verkäufer eine größere als die bestellte Menge zugesandt, so kann hierin doch unter Umständen ein gehöriges Angebot enthalten sein, wenn die Ausscheidung und Annahme des bestellten Teiles für den Käufer so wenig umständlich ist, daß sich die Ablehnung mit den Rücksichten, die ein ehrbarer Kaufmann gegen Geschäftsfreunde zu nehmen pflegt, nicht wohl vereinbaren lassen würde. O.L.G. Dresden vom 3. Februar 1902 in Sächs.Arch. Bd. 12 S. 505.

5) Romeick, Zur Technik des B.G.B. 1901. Vgl. R.O.H.G. Bd. 10 S. 238, Bd. 13 S. 59; R.G. Bd. 1 S. 311 ff.; A. Leist, Archiv für ziv. Praxis Bd. 83 S. 183.

6) Das wörtliche Angebot braucht der Annahmeverweigerung zeitlich nicht nachzufolgen, es kann auch vorher schon stattfinden. Der Gebrauch des Perfektums „erklärt hat" in § 295 bedeutet nur, daß die Erklärung in sich vollendet, in der Vergangenheit abgeschlossen vorliegen müsse. L.G. Hirschberg in Breslauer Anwaltsztg. 1901 S. 48. — Die verschiedenen Entscheidungen des R.G., wonach, falls ein Vertragsteil die bestimmte Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, dem andern gegenüber abgibt, es einer weiteren Mahnung nicht bedürfe, um den Eintritt des Verzugs und dessen Folgen herbeizuführen, beziehen sich nur auf den Schuldnerverzug und können gegenüber den §§ 293 bis 295 bei dem Gläubigerverzug nicht Anwendung finden. Ein wörtliches Angebot des Schuldners trotz der vorgängigen ablehnenden Erklärung des Gläubigers bleibt erforderlich. Vgl. R.G. vom 15. Februar 1902 R.G. 50 S. 210.

7) R.G. Bd. 4 S. 190; Gruchot Bd. 42 S. 502; vgl. auch R.G. vom 15. Februar 1902 Bd. 50 S. 208 und vom 22. Oktober 1904 Recht 1904 S. 15.

lich geschehen sein. Erklärungen des Gläubigers, wie die, daß er das Geschäft annulliere, oder daß er sich auf das Geschäft nur in anderer Art einlassen werde, als der Schuldner dem Schuldverhältnis entsprechend will, ermächtigen den Schuldner, es bei wörtlichem Angebot bewenden zu lassen. Erklärt sich darnach der Gläubiger bereit, vertragsmäßig anzunehmen, so muß natürlich daraufhin tatsächliches Angebot erfolgen.

b) Hat der Gläubiger den Schuldgegenstand abzuholen, so genügt wörtliches Angebot des Schuldners gleichfalls.

c) Hat der Gläubiger eine Handlung anderer Art, welche der Leistung vorhergehen muß, vorzunehmen, und unterläßt er sie, z. B. eine ihm obliegende Wahl oder die Spezifikation der Form des Schuldgegenstandes oder eine von ihm aufzustellende Berechnung, so genügt wörtliches Angebot des Schuldners nicht minder.[8]

In derartigen Fällen wird der Schuldner an den Gläubiger meist eine Aufforderung zur Vornahme der von diesem vorzunehmenden Handlung richten. Sie steht dem Angebote gleich, wie § 295 besonders hervorhebt.[9]

Auch in den Fällen des nur wörtlichen Angebots wird vorausgesetzt, daß der Schuldner zur gehörigen Leistung tatsächlich imstande war. Ohne Erfüllungsbereitschaft des Schuldners ist ein Verzug des Gläubigers nicht möglich.

3. Ohne ein auch nur wörtliches Angebot oder eine Aufforderung tritt endlich Verzug des Gläubigers dann ein, falls für die erforderliche Handlung des Gläubigers eine kalendermäßige Zeit festgestellt ist und der Gläubiger diese nicht einhält. Nicht anders ist es, wenn die ihm obliegende Handlung nach einer kalendermäßig bestimmten Kündigungsfrist erfolgen sollte und die Kündigung geschah, § 296. (Z. B. der Patient soll sich am 15. Mai zu einer ärztlichen Untersuchung einfinden, in einem Wertpapier ist ein bestimmter Tag zur Vorlegung des Papiers festgesetzt.)

— über die Anwendung des § 295 auf die Präsentation des Wechsels, wenn der Akzeptant vorweg Zahlung ablehnt, vgl. O.L.G. Braunschweig vom 8. Februar 1902 in Braunschw.Ztschr. 1902 S. 134.

8) Oertmann im Archiv für zib. Praxis Bd. 85 n. 10.

9) In den Fällen der Verbaloblation hat der Schuldner das wörtliche Anbieten zu beweisen; dem Gläubiger liegt ob, darzutun, daß der Schuldner nicht imstande oder nicht gewillt war, zu leisten. Übereinstimmend: Planck Anm. 6 zu § 295; O.L.G. Breslau Recht 1902 S. 556 und O.L.G. Braunschweig Recht 1905 S. 369.

III. Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zur Erfüllung verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zur Gegenleistung nicht bereit ist, auch wenn er die Annahme nicht verweigert,[10] § 298. Hierher gehört, daß er die Quittung — §§ 368, 371 —, auf welche der Schuldner ein Recht hat, nicht ausstellt oder den Schuldschein nicht zurückgibt.

IV. Eine Milderung der strengen Grundsätze über den Gläubigerverzug tritt ein, wenn die Leistungszeit nicht bestimmt war oder wenn der Schuldner vor der bestimmten Zeit zu leisten berechtigt und gewillt ist.

In diesen Fällen kommt der Gläubiger durch Nichtannahme nur in Verzug, wenn ihm der Schuldner die Vornahme der Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat,[11] § 299. Der Schuldner kann nicht verlangen, daß der Gläubiger jeden Augenblick zur Empfangnahme der Leistung bereit sei.

§ 76. Wirkungen des Verzugs des Gläubigers.

I. Der Schuldner soll durch den Verzug des Gläubigers nicht leiden, aber auch dem Gläubiger, der ja ohne Verschulden in Verzug sein kann, soll nicht allzu wehe getan werden, daher erstrebt das B.G.B. eine Vermittelung der Interessen und Ansprüche. Im wesentlichen schließt es sich dem römischen Recht an.

Die Folgen des Verzugs des Gläubigers sind teils unmittelbare, teils mittelbare.

II. Unmittelbar tritt mit dem Verzug des Gläubigers ein:

1. Herabminderung der Haftung des Schuldners für eigenes Verschulden oder das seines gesetzlichen Vertreters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, § 300 Abs. 1. Denn dem Schuldner ist nicht zuzumuten, für den Gläubiger noch besondere Sorgfalt aufzuwenden.[1]

---

10) Wenn der eine Teil zur Auflassung, der andere zur Entgegennahme verpflichtet ist, so setzt der Teil, welcher die Auflassung herbeiführen will, den andern in Verzug, wenn er ihn auffordert, zur Vornahme der Auflassung sich zu einer bestimmten Stunde auf dem Grundbuchamt einzufinden und wenn dieser dann ausbleibt. Doch genügt zur Inverzugsetzung die Aufforderung des zur Auflassung bereiten Kontrahenten an den Gegner, eine Zeit zur Entgegennahme der Auflassung vorzuschlagen, sofern sich der Gegner hierauf rein passiv verhält. R.G. in Seufferts Arch. Bd. 55 S. 11 n. 5; Pr. O.Trib. Bd. 76 S. 288; R.G. vom 11. Juli 1903 Jur.Woch. 1903 Beil. S. 114.

11) Vgl. R.O.H.G. Bd. 9 S. 269.

1) So l. 5 D. de per. et com. 18, 6; l. 72 pr. D. de solut. 46, 3.

Dies gilt namentlich bezüglich des im Besitze des Schuldners befindlichen Schuldgegenstandes.[2]

2. Übergang der Gefahr auf den Gläubiger. Dies gilt aber nicht unbedingt, hat seine besonderen Voraussetzungen und verschiedenen Sinn.

a) Eine Gattungsschuld erlischt, wenn der Schuldner behufs der Erfüllung bestimmte Sachen ausgeschieden hat und der Gläubiger durch deren Nichtannahme in Verzug gerät, falls die angebotene und getrennt gehaltene Sache untergeht oder dem Schuldner abhanden kommt, § 300 Abs. 2.

Entstand der Verzug des Gläubigers durch wörtliches Angebot nach § 295, so geht die Gefahr folglich auf ihn nur über, wenn außerdem tatsächliches Ausscheiden der zur Erfüllung bestimmten Sache vorgenommen war.[3] Gleiches gilt, wenn der Verzug ohne Angebot nach § 296 durch Zeitablauf entstand, falls der Schuldner das zu Leistende bereit gestellt hat.

b) Bei gegenseitigen Verträgen bedeutet der Übergang der Gefahr durch den Verzug, daß der Schuldner, obgleich er durch den Untergang der Sache von seiner Leistungspflicht befreit wird, doch die Gegenleistung zu beanspruchen hat, § 324 Abs. 2.

3. Während des Verzugs des Gläubigers fällt die Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung von Zinsen für Geldschulden weg, und zwar gilt dies nicht bloß für gesetzliche Zinsen, worauf es sich gemeinrechtlich[4] und nach A.L.R. beschränkte, sondern auch, worin eine Neuerung des B.G.B. liegt, für bedungene, § 301.

Dies rechtfertigte man dadurch, daß der Schuldner das Geld für den Fall der Anforderung des Gläubigers bereit halten müsse, daß er es also nicht für seine Zwecke mit Zuversicht verwenden könne. Immerhin kann für den Gläubiger die Bestimmung hart sein, vornehmlich, weil er ohne Verschulden in Verzug kommen kann. Für den Schuldner aber liegt hierin ein Anreiz, den Verzug des Gläubigers durch sein Gebaren scheinbar herbeizuführen.

4. War der Schuldner zur Erstattung von Nutzungen des Schuldgegenstandes vertragsmäßig oder gesetzlich verbunden, so beschränken sich

---

2) Dies hob E. I § 300 Abs. 1 besonders hervor.

3) [R.G. 57 S. 402, 404 verlangt, daß dem Gläubiger die erfolgte Ausscheidung erkennbar gemacht und die ausgeschiedene Sache als solche dem Gläubiger angeboten werde.]

4) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 43 Anm. 11.

seine Verpflichtungen auf die Nutzungen, welche er während des Verzugs des Gläubigers tatsächlich zieht, § 302.

Da zu den Nutzungen nach § 100 auch Zinsen gehören, so ist anzunehmen, daß der Schuldner, welcher während des Gläubigerverzugs Zinsen von der Schuldsumme gewann, z. B. durch Hinterlegung bei seiner Bank, solche Zinsen als Nutzungen dem Gläubiger zu erstatten hat.[5] Der kurzen Verjährung der Zinsen unterliegt dieser Anspruch nicht.

Auf die Nutzungen verwendete Kosten sind selbstverständlich abzuziehen.

5. Dem Schuldner ist vom Gläubiger nach § 304 Ersatz der Mehraufwendungen zu leisten, und zwar mit Zinsen, § 256, die er für das erfolglose Angebot, sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des Schuldgegenstandes machen mußte.

Wegen dieser Mehraufwendungen hat er ein Klagerecht, nicht minder ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273, wenn der Gläubiger die früher zurückgewiesene Leistung später fordert.[6]

Der Gläubiger wird durch den Verzug nicht zum Ersatz anderen Schadens verpflichtet, welcher dem Schuldner infolge des Besitzes der Sache noch erwächst, z. B. wenn ihm das geschuldete Tier nicht abgenommen wurde und er als Tierhalter wegen des von dem Tiere verübten Schadens einem Dritten ersatzpflichtig wird; anders, wenn der Gläubiger zur Abnahme verpflichtet war, z. B. als Käufer, § 433 Abs. 2, da er dann infolge der Nichtabnahme auch in Schuldnerverzug ist und dem anderen Teile infolgedessen jeden hierauf zurückzuführenden Schaden ersetzen muß.

III. Der Verzug des Gläubigers gibt dem Schuldner Rechte, durch welche er ohne Mitwirkung des Gläubigers seine Befreiung herbeiführt. Darin liegen mittelbare Folgen des Verzugs.

1. Nach älterem Recht war der Schuldner befugt, falls der Gläubiger in Verzug kam, die geschuldete Sache preiszugeben und sich hierdurch von seiner Schuld loszumachen. So durfte er in Rom den verkauften Wein im Falle der Nichtabnahme durch den Gläubiger maßweise auf die Straße schütten und sich dadurch befreien.

---

5) Anderer Ansicht Staudinger Anm. 1 und Planck Anm. zu § 301 vgl. jedoch die bei Planck Angef.

6) So lange ihm der Ersatz jener Aufwendungen nicht geleistet wird, kommt er nicht in Verzug. Anders entschied — schwerlich mit Recht — nach preußischem Rechte R.G. bei Gruchot Bd. 27 S. 462.

Das B.G.B. weiß hiervon bezüglich beweglicher Sachen nichts.

Ist aber der Schuldner zur Herausgabe des Besitzes einer unbeweglichen Sache verpflichtet, so kann er nach dem Eintritt des Verzugs des Gläubigers den Besitz aufgeben, § 303.[7] Er wird also — dies ist offenbar der Sinn — von der Pflicht zur Herausgabe frei. Es gilt dies z. B. für Pächter und Mieter, wenn der Vermieter oder Verpächter ihnen den Besitz des Miet- oder Pachtgrundstücks nicht abnimmt. Das Aufgeben muß dem Gläubiger vorher angedroht werden, es sei denn, daß die Androhung untunlich ist.

Bewegliches Zubehör darf der Schuldner aber nicht preisgeben. Für dessen Verwahrung hat er also zu sorgen.

Ist der Schuldner zur Übereignung des Grundstücks verbunden, so bleibt diese Pflicht trotz des Verzugs des Gläubigers bestehen. Er kann sich ihrer nicht durch Aufgabe des Eigentums nach § 928 entziehen.

In allen Fällen, in welchen der Gläubiger dem Schuldner zur Abnahme verpflichtet ist, also namentlich im Falle des Grundstückskaufes, wird der Schuldner, falls ihm das Grundstück lästig ist, zweckmäßiger auf Abnahme klagen als den Besitz aufgeben.

2. Hat der Schuldner bewegliche Sachen herauszugeben, so kann er sich dadurch befreien, daß er die geschuldeten Sachen öffentlich hinterlegt,[8] [9] § 372 Satz 1.

Ist die geschuldete bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann er sie im Falle des Verzugs des Gläubigers, und zwar in der Regel am Leistungsorte, versteigern lassen und den Erlös hinterlegen,[10] § 383.

Wie aber, wenn die Sache wertlos geworden ist und die Kosten der Versteigerung offenbar nicht lohnt, oder wenn niemand bietet? Dann bleibt doch nichts übrig, als sie wegzuschütten oder sie sonst loszuwerden.[11]

---

7) [Die Preisgabe kann ausnahmsweise auch in anderen Fällen gerechtfertigt sein, R.G. 60, 160.]

8) Nach Art. 40 W.O. ist der Wechselschuldner nach Ablauf der für den Protest mangels Zahlung gegebenen Frist berechtigt, die Wechselsumme auf Gefahr und Kosten des Inhabers des Wechsels bei Gericht oder einer anderen zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt niederzulegen.

9) Die Hinterlegung enthält eine Leistung mit befreiender Wirkung nur, wenn gemäß § 376 die Rücknahme ausgeschlossen ist, sonst befreit die Hinterlegung nur von der Aufbewahrungspflicht, § 379.

10) Der Verkauf hat nicht die Natur des Selbsthilfeverkaufs, sondern bildet nur das Mittel, die Hinterlegung zu ermöglichen.

11) Vgl. R.G. vom 18. Februar 1905 Bd. 60 S. 160. Anderer Ansicht Planck Anm. 1 Abs. 2 zu § 303.

Beim Handelskaufe treten im Falle des Verzugs des Käufers in der Annahme die besonderen Grundsätze des H.G.B. § 373 ein. Das H.G.B. läßt aber in § 374 die Befugnisse unberührt, die dem Verkäufer nach B.G.B. bei Annahmeverzug des Käufers zustehen. Darüber später.

§ 77. Beendigung des Verzugs des Gläubigers.

1. Der Verzug des Gläubigers endigt, wenn dieser die früher versagte Mitwirkung zur Schuldtilgung eintreten läßt. Dies hat aber nur Bedeutung, wenn er sich gleichzeitig zum Ersatz der von ihm zu erfüllenden Aufwendungen und der ihm obliegenden Gegenleistungen bereit erklärt.

Muß ihm der Schuldgegenstand gebracht werden, so genügt seine wörtliche Erklärung, um den Schuldner zum Bringen zu verpflichten. Hat er den Schuldgegenstand zu holen, so hat er sich beim Schuldner zu diesem Zweck einzufinden. Dieser wird jedoch nur dann durch Nichtleistung in Verzug seinerseits kommen, wenn ihm eine angemessene Zeit vorher angekündigt war, daß der Gläubiger zum Abholen bereit sei.

2. Der Verzug des Gläubigers endet ferner durch jede weitere Vereinbarung über Stehenbleiben der Schuld.

Zweiter Abschnitt.

Die Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erstes Kapitel.

Der Schuldvertrag.

§ 78. Begründung des Schuldverhältnisses durch Vertrag.

1. Der hauptsächliche Faktor der Gestaltung der Obligation ist der Vertrag.

Der Schuldvertrag, also Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner über Begründung der Schuld, ruft die Obligation in das Leben, § 305; die Abänderung, § 305; die Übertragung, § 398; der Erlaß geschieht durch Vertrag, § 397.

2. Im Gebiete der Obligation herrscht Vertragsfreiheit. Das B.G.B. regelt zwar die häufigeren Arten, aber zum größeren Teil durch

nicht zwingende Rechtssätze. Den Beteiligten steht außerdem offen, Obligationen anderer Art zu begründen, z. B. durch einen Trödelvertrag,[1] welchen das B.G.B. nicht erwähnt. Vorausgesetzt ist nur, daß die allgemeinen Vorschriften über Obligationen gewahrt sind.

3. Im Geschäftsleben ist freilich bei Begründung der Obligation der individuelle Wille nur in beschränktem Maße schöpferisch tätig.

Denn zum nicht geringen Teil beruhen im heutigen Leben, wie dies in Rom der Fall war, die Geschäfte auf ständigen Formularen, z. B. von Bauverträgen, Anstellungs- und Arbeiterverträgen, Miet- und Transportverträgen, Versicherungsverträgen, so daß das Formular im einzelnen Falle der Sachlage nach ausgefüllt wird.[2]

4. Zwingend greifen in die Vertragsfreiheit Rechtssätze ein, welche im allgemeinen und öffentlichen Interesse unabänderlich sind. Und zwar geschieht dies nach der Gesinnung der Zeiten bald in höherem, bald in niederem Maße.

In der Mitte des 19. Jahrhunderts suchte man aus dem älteren Recht, insbesondere dem römischen, stammende Beschränkungen der Vertragsfreiheit zu beseitigen, vor allem durch das alte Handelsgesetzbuch bei Handelsgeschäften. Aufgehoben wurde durch dieses die Anfechtung

---

1) Vgl. Motive Bd. 2 S. 516.

2) über solche Formulare bemerkt Leschinsky, Preuß. Privatrecht S. 208: Im allgemeinen wird der Wille der Parteien, daß die Formularbestimmungen gelten sollen, durch die Unterzeichnung des Formulars zum Ausdruck gebracht werden. Finden sich aber Lücken im Formulare, deren Ausfüllung unterblieben ist, so erlangen die lückenhaften Stellen durch die Unterschrift des *gesamten Formulars keine Wirksamkeit.* Ist die Ausfüllung solcher Lücke unterblieben, so kann der Grund darin liegen, daß die Parteien über die Art der Ausfüllung nicht einig geworden, oder daß die Parteien die lückenhafte Stelle übersehen haben. Jedenfalls ist schriftlich die Art der Ausfüllung nicht vereinbart, und deshalb gilt, soweit die Schriftlichkeit erforderlich ist, die lückenhafte Stelle überhaupt nicht. Es ist nicht erkennbar, daß der Wille der Parteien auch der lückenhaften Stelle hat Wirksamkeit beilegen wollen, Striethorst Arch. Bd. 91 S. 85; Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1891 S. 6; jedoch Bl. f. Rechtspfl. 1892 S. 18; z. B. § 1 des benutzten Formulares lautete: „Die ... monatlichen ... vierteljährlichen ... Mietsraten im Betrage von ... hat Mieter ... numerando pünktlich an jedem Ersten des ... Monats ... Quartals in der Wohnung des Vermieters zu zahlen. Falls der Mieter die ... monatlichen ... vierteljährlichen ... Mietsraten nicht pünktlich bis ... gezahlt hat, kann der Vermieter die sofortige Räumung der Wohnung verlangen." Haben die Parteien zwar den ersten Absatz ordnungsmäßig ausgefüllt und das nicht Gewollte durchstrichen, hingegen den zweiten Absatz so belassen, wie er oben verzeichnet ist, so kann auf diese lückenhafte Bestimmung eine Räumungsklage nicht gestützt werden. Eine Ergänzung aus dem ersten Absatz ist unzulässig. In Ansehung des Mietvertrags ist besonders hervorzuheben, daß nicht selten der Tag der Fälligkeit des Mietzinses und der Tag, bis zu welchem spätestens *bei Vermeidung der Exmission* gezahlt werden muß, auseinanderfallen.

wegen Verletzung über die Hälfte, die Eingrenzungen der Vertragsstrafen, die lex Anastasiana. Die allgemeine Aufhebung des gesetzlichen Höchstbetrags der Zinsen durch das Bundesgesetz vom 4. November 1867 schloß sich dem an.[3]

Aber bald änderte sich die Tendenz. Beschränkungen der Vertragsfreiheit in den Arbeiterverhältnissen ergaben sich als unerläßlich und wurden ein sich mehrender Bestandteil der deutschen Gewerbeordnung, Wuchergesetze wurden erlassen, die Bedingungen der Abzahlungsgeschäfte eingeengt.

Das B.G.B. geht in dieser Richtung weiter. Kreditwucher und Sachwucher machen nach § 138 Abs. 2 Verträge nichtig. Zahlreiche Einzelbestimmungen des B.G.B., z. B. bei der Wohnungsmiete, § 540, beim Dienstvertrage, §§ 614—619, 624, ferner bezüglich der Herabsetzung der Vertragsstrafen, § 343, des Maklerlohnes bei Vermittelung von Dienstverträgen, § 655, sollten der Ausbeutung der wenig Begüterten entgegentreten.

Doch Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte wurde nicht in das B.G.B. übernommen, ebensowenig die lex Anastasiana.

5. Der Schuldvertrag ist zwar grundsätzlich nach B.G.B. formfrei. Aber Gesetz wie Parteiwille geben gewissen Geschäften eine besondere Form. Darnach lassen sich in Anlehnung an das römische Recht unterscheiden:

a) Realverträge, welche durch Hingabe einer Sache zum Abschluß kommen.

Realvertrag ist gesetzlich das Darlehn, denn der Empfang von Geld oder anderen vertretbaren Sachen ist ihm wesentlich, § 607. Auch der Verwahrungsvertrag ist nach § 688 Realvertrag.

Einen gewillkürten Realvertrag bildet der sog. Handkauf, d. h. der unmittelbare Austausch von Waren gegen Geld.[4]

b) Skripturobligationen sind die Verpflichtungen aus dem Wechsel, aus der Zeichnung einer Aktie, H.G.B. § 189, auch Bürgschaft § 766, Versprechen einer Leibrente, § 761, Anweisung, § 783, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, §§ 780 und 781.

---

3) Vgl. oben § 23.

4) Bähr, Urteile des Reichsgerichts S. 34. Gegen Bähr freilich Ring. in Kohlers Archiv Bd. 1 S. 203 und Oertmann, a. a. O., Vorbemerkung zum Kauf 1. a.

§ 79. Begründung durch einseitiges Versprechen.

I. Das einseitige Versprechen einer Leistung seitens des Schuldners war nach einer älteren weitverbreiteten deutschen Rechtsanschauung in gewissen Fällen Verpflichtungsgrund.[1]

Nach B.G.B. verpflichtet das nicht angenommene Versprechen des Schuldners nur in bestimmten Fällen:[2]

a) bei Stiftungsgeschäften unter Lebenden, B.G.B. § 82.

Man mag sich hierbei an die einseitige Verbindungskraft der römischen pollicitationes zugunsten der Stadtgemeinden und der vota zu frommen Zwecken erinnern, die aber nicht in das B.G.B. übergingen.

b) Die Auslobung, d. h. das einseitige öffentliche Aussetzen einer Belohnung für eine Leistung verpflichtet nicht minder, B.G.B. § 657.

c) Die Schuldverschreibung auf den Inhaber verbindet den Aussteller sogar dann, wenn sie unfreiwillig aus dessen Hand kam, zu der dem Inhaber zugesagten Leistung, B.G.B. § 794.

d) Bei sonstigen Inhaberpapieren, z. B. Aktien, beim Wechsel und anderen indossablen Urkunden wird man Entsprechendes anzunehmen haben.

II. Besondere Bestimmungen über Verpflichtungen aus einseitigen Versprechen trifft das B.G.B. nicht. Die Vorschriften über Vertragsschulden sind entsprechend anzuwenden.[3]

§ 80. Besondere Beschränkungen obligatorischer Verträge.

I. Die Übernahme der Verpflichtung, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil davon zu übertragen, oder einen Nießbrauch an seinem künftigen Vermögen, oder an einem Bruchteile davon zu bestellen, ist nach B.G.B. § 310[1] unzulässig und nichtig.[2 3]

---

1) Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund 1873. Vgl. die bei Jacobi in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 44 zusammengestellten deutschen Rechtssprüchwörter. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts 1908 § 73 S. 490.

2) E. I § 342 schrieb ausdrücklich vor: „Das einseitige, nicht angenommene Versprechen ist unverbindlich, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimmt." Bei der späteren Beratung strich man den Ausspruch als selbstverständlich.

3) E. I § 343 hatte dies besonders bestimmt, vgl. Motive Bd. 2 S. 175. Später ließ man die Vorschrift als selbstverständlich weg.

1) E. I § 350 Abs. 1; Mot. Bd. 3 S. 186; Kom.Prot. Bd. 1 S. 447.

2) Kohler im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 22 Heft 1 „Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit".

3) Ist entgegen dem § 310 ein Vertrag auf das gegenwärtige und zu-

Nach den Motiven liegt der Grund des Verbots darin, daß es dem öffentlichen Nutzen widerstreitet, durch solche Geschäfte den Antrieb zum Erwerb zu unterbinden. Doch die Bestimmung des Gesetzes führt über diesen Gedanken hinaus. Insbesondere ist infolge dieser eine Gesellschaft des jetzigen und des künftigen Vermögens nichtig,[4] obgleich sie den Erwerbsbetrieb nicht notwendig unterbindet.

Eheverträge[5] und Erbverträge sind nicht getroffen.

Es ist zweifelhaft, ob Vereinbarungen, nach welchen man sich verpflichtet, die jetzigen und künftigen Bestandteile *eines Sondervermögens*, z. B. des einem Gewerbe gewidmeten, zu übertragen, der Vorschrift des § 310 unterliegen. Hierin läge aber eine Ausdehnung der gesetzlichen Vorschrift, welche ihrer singulären Natur nicht entspricht.[6]

II. Sein *gegenwärtiges Vermögen* oder einen Bruchteil davon zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten, kann man gültigerweise versprechen. Jedoch bedarf ein solcher Vertrag nach § 311 *gerichtlicher oder notarieller Beurkundung*.[7] Dies ohne Unterschied, ob es sich um ein entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft handelt.

Auch diese Bestimmung bezieht sich nach richtiger Ansicht nur auf die Übertragung des *ganzen Vermögens* oder eines Bruchteiles davon. Verträge über ein Sondervermögen, z. B. eines Erwerbsgeschäfts, gehören nicht hierher.[8] Allerdings führen die Motive Altenteilsverträge an. Solche Verträge beziehen sich aber in der Regel nur auf Grundstücke und deren Zubehör; Grundstücke aber sind bloße Vermögensbestandteile, und bilden nicht das Vermögen des Auszüglers im

---

künftige Vermögen gerichtet, so ist er gemäß § 139 B.B.G. bezüglich des gegenwärtigen Vermögens gültig, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch in dieser Beschränkung von den Beteiligten abgeschlossen worden wäre.

4) Ebenso Knoke, Das Recht der Gesellschaft 1901 S. 16.

5) Ein Ehevertrag, in welchem als Vorbehaltsgut der Ehefrau alles erklärt wird, was der *Mann* während der Ehe erwerben wird, ist mit Recht für nichtig erklärt. L.G. Tilsit vom 18. April 1900 Zentralbl. f. freiw. Ger. Jahrg. 1 S. 398. Vgl. Neumann Jahrb. I S. 215. Über Klosterpersonen vgl. v. Brünneck in Gruchot 45, 197.

6) [A. M. Reichsgericht, das in Entsch. Bd. 67 S. 166 die Abtretung „aller zukünftiger Geschäftsforderungen" nach dem in § 310 enthaltenen Grundsatze für unzulässig erklärt. Auch Kohler, Lehrb. II, 92.]

7) Auflassung des zu diesem Vermögen gehörenden Grundstücks (§ 313 Abs. 2) kann den Mangel der Form nicht heilen. R.G. 61, 284.

8) Scherer, Recht der Schuldverhältnisse S. 135 will dagegen Gutsüberlassungs-, Leibrenten- und Altenteilsverträge der Form des § 311 unterwerfen.

Rechtssinne.[9] Hieran kann nichts ändern, wenn etwa tatsächlich der Auszügler andere Gegenstände als die durch den Auszugsvertrag überlassenen nicht hat. Sonst würde z. B. auch die Übertragung eines Patents, wenn der Patentierte zufälligerweise nichts anderes besitzt, der Form des § 311 unterstehen, was unannehmbar wäre. Daß im 1. Entwurf § 350 Abs. 2 vom „ganzen gegenwärtigen Vermögen", das Gesetz selbst nur vom gegenwärtigen Vermögen spricht, ist unerheblich, denn wo von gegenwärtigem Vermögen die Rede ist, ist, sofern kein Zusatz gemacht ist, selbstverständlich das ganze Vermögen zu verstehen.

III. Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten ohne dessen Zustimmung galten den Römern als unsittlich und deshalb als nichtig. Wieweit dies gemeinrechtlich zu gelten habe, war nicht unbestritten.[10]

Das A.L.R. I, 12 § 649 ff. ließ solche Verträge unbedingt unter den gesetzlichen Erben zu; zugunsten eines Dritten waren sie unter Zustimmung des Erblassers gültig; wenn dieser willensunfähig war, genügte gerichtlicher Abschluß.

Mit großer Strenge erklärte dagegen der erste Entwurf § 349 Verträge über den Nachlaß eines lebenden Dritten für nichtig. Und doch gibt es Fälle, in welchen sie praktisch Bedürfnis, sittlich unbedenklich sind. Daher milderte die zweite Kommission und hiernach B.G.B. § 312 die Vorschrift.

Zwar gilt auch hiernach der bei Lebzeiten des Erblassers geschlossene Vertrag über dessen Nachlaß, über einen Pflichtteil, sowie über ein Vermächtnis aus dem Nachlaß als nichtig, es sind jedoch nicht betroffen Verträge dieser Art unter den gesetzlichen Erben über Erbteil und Pflichtteil, mögen sie einen Verzicht, Verkauf oder Auseinandersetzung enthalten. Nur gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird für sie gefordert.

Der Veräußerer seines Erbteils verliert nicht, wie nach preußischem Recht,[11] seine Eigenschaft als Erbe, vielmehr entstehen nur obligatorische Verpflichtungen zugunsten des Miterben.

Die Einwilligung des Erblassers heilt die Nichtigkeit des Vertrags über seinen Nachlaß nicht. Der wirtschaftliche Erfolg des im § 312 verbotenen Vertrags kann aber, falls der Erblasser zustimmt, durch einen

---

9) [Über diesen Gegensatz vgl. das Urteil des O.L.G. Bamberg. Seuff. Archiv Bd. 60 Nr. 3.]

10) Dernburg, Pandekten Bd. 3 § 127 Ziff. 2.

11) Pr. O.Trib. Bd. 57 S. 47.

Erbvertrag oder einen Erbverzicht unter seiner Mitwirkung herbeigeführt werden.

IV. Die wichtigste Einschränkung trifft die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks.

Gemeinrechtlich bestand auch für solche Verträge Formfreiheit, dagegen forderten die meisten deutschen Landesgesetze für sie eine Form, sei es die einfache Schriftform, sei es gerichtliche oder notarielle Beurkundung.

Nach A.L.R. I, 10 § 15 ff., I, 11 § 75 insbesondere war schriftliche Beurkundung erforderlich und genügend.

Das B.G.B. § 313 [12] [13] verlangt für den Vertrag, durch den man sich verpflichtet, Eigentum an einem inländischen [14] Grundstück zu übertragen, gerichtliche oder notarielle Beurkundung.[15] [16]

---

12) E. I § 351; Mot. Bd. 2 S. 189; Kom.Prot. S. 921, 7367.

13) Vgl. Winter in Zentralbl. f. freiw. Ger. Jahrg. 8 S. 563 [583]; Pittel das. S. 558 [578]; Gülland das. Jahrg. 1 S. 105; Brettner in Das Recht 1900 S. 319 und 1901 S. 488; Förster das. 1901 S. 579; Scherer das. S. 201; Samulon in Jur.Monatsschr. f. Posen 1900 S. 192; Landsberger das. 1903 S. 37; Consbruch in D.Jur.Ztg. 1901 S. 431; Bamberg das. 1900 S. 226; Landsberg das. 1901 S. 350; Oberneck das. 1902 S. 422; Lesse das. 1903 S. 99; Weißler in Ztschr. d. deutschen Notarver. Jahrg. 3 1903 Heft 3 und 1902 Heft 7; Thiele 1902 S. 317; Dennler in Ztschr. f. d. Notar. in Bayern 1902 Heft 6; Dorst in Verhdlg. d. 26. Deutsch. Jur.-Tages Bd. 1 S. 18; Haenschke das. Bd. 2 S. 389; Stranz das. Bd. 2 S. 105; West in Bad.Rechtspr. 1902 S. 224; Wolff bei Gruchot Bd. 47 S. 26. Dennler Bayr.Not.Zeit 1904 S. 205; Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag 1904; Traßl, Bayr.Not.Zeit. 1904 S. 183; Rheinstein Jur.Woch. 1905 S. 65; Dennler, Justizdienstl.Rundschau 1906 S. 33; Derselbe Seuff. Bl. 1906 S. 670; Heinitz D.Jur.Zeit. 1906 S. 942; Meyer, Jacobi und Neubecker Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1906 S. 186, 389 und 431. Staub Komm. z. H.G.B. 8. Aufl. Anm. 20, 21 zu § 350. — Über die Stempelpflicht privatschriftlicher Veräußerungsverträge vgl. Pr.Just.Min.Bl. 1900 S. 63.

14) R.G. vom 3. März 1906 Jur.Woch. 1906 S. 219.

15) Auch wo ein Grundbuch i. S. d. B.G.B. noch nicht als angelegt anzusehen ist, ist die Form des § 313 für den Veräußerungsvertrag erforderlich. O.L.G. Frankfurt vom 29. Mai 1900 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 1 S. 95. — Ein Vertrag über die Festsetzung einer ungewiß gewordenen Grenze unterliegt nicht dem Formzwang des § 313 R.G. vom 15. März 1906 Jur.Woch. 1906 S. 302 n. 7.

16) Durch Einreichung des privatschriftlichen Kaufvertrags bei dem Grundbuchamt wird die Form des § 313 nicht ersetzt. § 873 Abs. 2 bezieht sich auf den dinglichen Vertrag, § 313 auf den persönlichen Vertrag. Kam.Ger. vom 1. Oktober 1900 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 50. — Ob ein in rechtshängiger Sache vor dem Prozeßgericht abgeschlossener Vergleich, in welchem die Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks aufgenommen ist, gegenüber § 313 Gültigkeit beanspruchen kann, ist streitig. Da der Prozeßvergleich einen vollstreckbaren Titel bildet, § 794 Ziff. 1 Z.P.O., wird die Frage zu bejahen sein. Desgleichen O.L.G. Stuttgart vom 29. November 1900 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 51; O.L.G. Hamburg vom 29. Januar 1901 daselbst Bd. 2

Dies soll leichtfertige Eingehung solcher Verträge verhindern, eine zweifelfreie und selbständige Feststellung der Parteiberedungen verbürgen und namentlich die minder gewandte Bevölkerung vor übereilten Käufen und Verkäufen bewahren, was erfahrungsgemäß durch das Erfordernis bloßer Schriftform nicht genügend erreicht werde.[17] Freilich lehrt die Erfahrung, daß die Kosten derartiger Beurkundungen die Parteien oft gerade dahin drängen, die Veräußerungsverträge bloß mündlich zu schließen und es bei deren Bekräftigung durch die Auflassung bewenden zu lassen.

Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist auch dann zur Übereignung eines Grundstücks erforderlich, wenn der Vertrag noch andere Bestimmungen, und zwar als Hauptinhalt hat.[18] Dies z. B. im Falle des Verkaufs eines gesamten Handelsgeschäfts mit Lager- und Geschäftshaus, ferner bei einem Gesellschaftsvertrag, in welchem sich ein Teil zur Übereignung eines Grundstücks zugunsten der Gesellschaft verpflichtet, sowie bei der Auseinandersetzung über einen Nachlaß, in welchem sich Grundstücke befinden, [allen Verträgen, durch welche (z. B. einem Mieter) ein Recht auf Erwerb des Eigentums unter gewissen Bedingungen eingeräumt wird (z. B. §§ 497, 504).[19] Ob die Verpflichtung, das Eigen-

---

S. 213; R.G. vom 17. Mai 1901 in Jur.Woch. 1901 S. 473; O.L.G. Dresden vom 13. Januar 1903 in Das Recht 1903 S. 183; vgl. Dronke in Ztschr. für deutsch. Zivilpr. Bd. 30 S. 47; Marcus, ferner Auerbach in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1903 S. 45 und S. 76, Foerster, ferner Kretzschmar in Das Recht 1903 S. 260 und S. 357; Staub Komm. z. H.G.B. Anm. 2 zu § 350; Staudinger Anm. 2b zu § 313. — Ein Vertrag, in dem man sich verpflichtet, dem andern ein bestimmtes Grundstück zu verschaffen, bedarf der Form des § 313. R.G. vom 24. April 1902 in D.Jur.Ztg. 1902 S. 335. — Ist der Kaufvertrag über ein Grundstück wegen des Mangels der Form ungültig, so kann der Käufer die Anzahlung nach § 812 B.G.B. zurückfordern, vgl. O.L.G. Jena vom 6. Dezember 1902 Rechtsspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 228; Kammerg. vom 6. Februar 1902 in Seufferts Archiv Bd. 57 S. 219 n. 120. Hat in solchem Falle der Verkäufer das Grundstück übergeben, so kann er Rückgabe des Grundstücks mit der Eigentumsklage gemäß § 812 beanspruchen. In beiden Fällen steht dem Käufer wegen der geleisteten Anzahlung ein Zurückbehaltungsrecht zu. Vgl. O.L.G. Kiel vom 19. November 1901 Seufferts Arch. Bd. 57 S. 180 n. 102.

17) Denkschrift des Bundesrats Bd. 2 S. 47.

18) Vgl. jedoch Gruchot Bd. 28 S. 1035.

19) [Ebenso ist die Form des § 313 erforderlich: a) für einen Mietvertrag über ein Grundstück, in welchem dem Mieter das Recht zu dessen Ankauf binnen einer bestimmten Frist und zu einem bestimmten Preise eingeräumt wird. O.L.G. Colmar vom 2. Juni 1905 Recht 1905 S. 431; Rechtspr d. O.L.G. Bd. 11 S. 304. b) für einen Gesellschaftsvertrag, in dem vereinbart ist, daß Grundstücke gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Byr. Obst.L.G. vom 4. November 1905 in der Samml. f. Entsch. Bd. 5 S. 530; R.G. vom 17. Mai 1905 Recht 1905 S. 646 Gruchot Bd. 49 S. 627.]

tum an den andern Vertragsteil oder an einen Dritten zu übertragen, eingegangen wird, macht keinen Unterschied.[20] [21]]

Auch Anträge bezüglich eines Vertrags, welcher die Übereignung eines Grundstücks zum Gegenstande hat oder in sich schließt, binden den Antragsteller trotz § 145 ff. nur dann, wenn die Anträge gerichtlich oder notariell beurkundet sind. Es ist dies notwendige Folge des § 313, dieser wäre sonst auf das leichteste zu umgehen.

Nach § 1017 gilt § 313 auch für die Verpflichtung zur Bestellung [22] oder Übertragung des Erbbaurechts.

Zweifelhafter kann sein, ob die Form des § 313 auch erfordert wird, wenn der Käufer eines Grundstücks seine Rechte aus dem Kaufvertrag abtritt. Dem Zwecke der Bestimmung, die Beteiligten vor Übereilung zu beschützen, scheint dies zu entsprechen. Dennoch ist die Frage zu verneinen, denn der Zessionar erwirbt vom Zedenten nur ein Recht, nicht aber ein Grundstück.[23]

Eine Vollmacht oder ein Auftrag zur Vollziehung der in den §§ 311—313 geregelten Geschäfte bedarf nach § 167 Abs. 2 der Form des Rechtsgeschäfts nicht, auf welche sich die Vollmacht bezieht.[24] Dies kann freilich den Schutz, welchen § 313 unerfahrenen Landleuten geben will, leicht illusorisch machen. Denn wenn der Bauer dem A., dem Geschäftsfreunde des N., formlos Vollmacht gibt, sein Bauerngut an den N. zu veräußern, so wird das Bauerngut meist fort sein.[25]

---

20) Abänderungen des Veräußerungsvertrags bedürfen gleichfalls der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. R.G. vom 12. April 1902 Entsch. Bd. 51 S. 180 und in Seufferts Arch. Bd. 58 S. 3. Hingegen ist die Aufhebung des Veräußerungsvertrags, zu dem die Auflassung noch nicht hinzugetreten ist, an eine Form nicht gebunden. O.L.G. Posen vom 22. Februar 1902 in Seufferts Arch. Bd. 57 S. 390; O.L.G. Dresden vom 3. Januar 1902 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 207; R.G. vom 12. November 1904 Gruchot Bd. 49 S. 893.

21) Vgl. unten Bd. 3 § 162 Ziff. 8 der 4. Aufl. Staudinger Anm. 2 zu § 313 und dort Angef.; anderer Ansicht Planck Anm. 1 zu § 313.

22) Sind in dem Vertrage noch andere Vereinbarungen getroffen, welche mit dem Veräußerungsgeschäfte nicht im innern Zusammenhange stehen, welche also nicht die Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistung des andern Teiles unmittelbar betreffen, so sind diese Vereinbarungen nicht Bestandteile des auf die Übertragung des Eigentums gerichteten Veräußerungsgeschäfts und stehen daher nicht unter der Regel des § 313 Satz 1; R.G. vom 12. pril 1902 f. vorige Note.

23) So auch R.G. vom 10. Januar 1903 Entsch. 53, 268 ebenso Landsberg D.Jur.Zeit. 1901 S. 350 gegen Scherer, Recht der Schuldverhältnisse S. 141.

24) R.G. 28. Februar 1903 Entsch. 54, 75.

25) Ein Vertrag, welcher die Formvorschrift des § 313 B.G.B. zu umgehen bestimmt ist, würde freilich dennoch dem § 313 zu unterwerfen sein.

Entsprechend dem bisherigen preußischen Recht[26] wird der Vertrag nach § 313 Satz 2 *in allen seinen Teilen rechtsgültig*, wenn das Grundstück, zu dessen Übereignung man sich ohne die gesetzliche Form verpflichtet hatte, *aufgelassen und im Grundbuch überschrieben ist.*[27] Sind mehrere Grundstücke Gegenstand des Vertrags, so genügt aber die Auflassung und die Überschreibung eines von ihnen nicht, um den ganzen Vertrag gültig zu machen.[28]

Ist das Grundstück einmal dem Vertrage gemäß aufgelassen, so bedarf die Aufhebung des Vertrags, auch wenn er formlos war, gerichtlicher oder notarieller Form.

Nach dem Einführungsgesetz Art. 142 sind die Landesgesetze befugt,

---

Deutlich trat solche Absicht in folgendem Falle zutage. A. hatte dem B. einen Auftrag erteilt, inhalts dessen B. befugt sein sollte, die Grundstücke des A. im ganzen oder in einzelnen Parzellen zu verkaufen, notarielle Kaufverträge abzuschließen, die Auflassung zu veranlassen. Der von B. zu beschaffende Gesamtpreis war auf 37 500 *M.* festgesetzt. Der Mehrerlös sollte dem Bevollmächtigten B. zufallen; A. hatte fernerhin die Grundstücke als Verwalter zu bewirtschaften und dem B. Rechnung zu legen. Hier war § 313 zur Anwendung zu bringen. Dieser setzt nicht voraus, daß die Verpflichtung zur Übertragung des Grundeigentums den einzigen Vertragsgegenstand bilden müsse. Das Auftragsverhältnis tritt gegenüber dem Veräußerungsgeschäft zurück, ja, das Auftragsverhältnis ist im wesentlichen nur dazu bestimmt, das Veräußerungsgeschäft zu verschleiern. O.L.G. Königsberg v. 22. Mai 1901 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 463; O.L.G. Marienwerder v. 5. Juli 1901 daselbst Bd. 3 S. 188; R.G. 5. Febr. 1902 Entsch. 50, 163.

26) E.G.Gesetz vom 5. Mai 1872, das nur Auflassung verlangt. — Hat A. dem B. und B. dem C. das nämliche Grundstück verkauft, so werden beide Kaufverträge durch die von A. an C. im Einverständnis der sämtlichen Beteiligten erfolgte Auflassung wirksam. R.G. in Seufferts Arch. Bd. 55 S. 13; Gruchot Bd. 27 S. 1031; Bolze, Prax. Bd. 5 S. 412; Jur.Woch. 1904 S. 169; Recht 1907 S. 634. Das in einem privatschriftlichen Kaufvertrag über ein Grundstück abgegebene Schenkungsversprechen auf den Todesfall wird durch die hinzutretende Auflassung und Eintragung wirksam. Kammerg. v. 10. Nov. 1901 in Naumbg. Anwaltsztg. 1901 S. 101.

27) Formlose Abreden neben dem gerichtlichen oder notariellen Vertrage, mögen sie sich als Haupt- oder Nebenabreden gestalten, sind nichtig. Die nachträgliche Auflassung heilt jedoch alle *zur Zeit der Auflassung* bestehenden Abreden [sofern in betreff ihrer zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht R.G. 7. Juni 1902 und 7. März 1903 Entsch. Bd. 52, 4; Bd. 54, 107. O.L.G. Dresden v. 28. November 1902 und 12. Juli 1905; Seuff.Arch. Bd. 58 S. 5 und Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 34; R.G. v. 20. Januar 1904 Recht 1904 S. 136; vgl. O.L.G. Dresden v. 3. Januar 1902 in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 207; O.L.G. Stettin v. 8. Febr. 1902 das. S. 208; O.L.G. Posen v. 27. Nov. 1901 in Jur.Monatsschr. f. P. 1901 S. 193].

28) [R.G. v. 30. Januar 1904 Bd. 56 S. 383 in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Ist irrigerweise ein anderes Grundstück als das veräußerte umgeschrieben, so tritt Heilung nicht ein. R.G. 1. April 1905 Bd. 60, 338 Entsch. 17. Sept. 1905; Jur.Woch. 1905 S. 639.]

für die Beurkundung des Vertrags über die Übereignung von Grundstücken außer Gerichten und Notaren auch andere Behörden zu bestimmen.[29]

V. Das Auswanderungsgesetz vom 9. Juni 1897 § 22 bestimmt, daß der Auswanderungsunternehmer nur auf Grund vorher abgeschlossener schriftlicher Verträge Auswanderer befördern darf, und bedroht die Übertretung dieser Vorschrift mit öffentlicher Strafe, §§ 43 und 44 des Gesetzes. Der bloß mündlich abgeschlossene Transportvertrag ist gleichwohl privatrechtlich gültig, da nicht der Abschluß des mündlichen Auswanderungsvertrags verboten ist, vielmehr nur die Beförderung ohne schriftlichen Vertrag.

§ 81. Verträge mit unbestimmten Dritten.

I. Verträge mit noch unbestimmten Dritten sind dem älteren deutschen Recht nicht fremd.[1] Sie bilden auch jetzt eine im Handelsverkehr nicht seltene Art von Geschäften. Es ist anzunehmen, daß das B.G.B. solchen Verträgen nicht entgegensteht, wenn es sie auch nicht besonders

---

29) Hiervon hat die preußische Gesetzgebung Gebrauch gemacht. Nach dem preußischen Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit Art. 32 bleiben die bisherigen Bestimmungen über Zuständigkeit von Behörden sowie der mit öffentlichem Glauben versehenen Personen für Beurkundungen bestehen, z. B. der Landschaftssyndiken für Beurkundungen innerhalb des Geschäftskreises der Landschaft. Nach Ausführungsgesetz zum B.G.B. Art. 12 § 2 sind ferner für Verträge, durch welche sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem in Preußen liegenden Grundstücke zu übertragen, wenn einer der Vertragschließenden durch eine öffentliche Behörde vertreten ist, für die Beurkundung außer Richter oder Notar auch Beamte zuständig, welche von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen oder der vorgesetzten Behörde bestimmt sind. Für Rentengutsverträge soll sogar nach Art. 12 § 1 bei den durch die Vermittelung der Generalkommission und bei den vom Staat ausgegebenen Rentengütern die Schriftform genügen und das Gleiche für freiwillige Verkäufe gelten, die das Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 §§ 16 und 17 bezeichnet. Hierzu gibt Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 62 und Art. 109 der Landesgesetzgebung die Berechtigung. Eine gewisse Zuständigkeit gibt endlich § 3 des Gesetzes an Orten, die nicht Sitz eines Amtsgerichts sind, für Objekte bis zu 500 Mark einschließlich den Bürgermeistern Nassaus. Bestehen daselbst Ortsgerichte, so treten an Stelle der Bürgermeister diese Gerichte, Art. 122 Preuß.Ges. über freiw. Ger.

1) Vgl. Brunner in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 22 S. 510 ff.; Endemann Bd. 1 § 126; Cosack Bd. 1 § 96; Stammler, Das Recht d. Schuldverh. § 49; Hellwig, „Die Verträge auf Leistung an Dritte" Leipzig 1899. Vgl. dazu v. Thur, Krit. Vierteljahrsschr. 1901 S. 542. Rundnagel in Eisenbahnr. Entscheidg. u. Abhdlg. Bd. 19 Heft 3 Der Frachtvertrag der Eisenbahnverkehrsordnung als Vertrag zugunsten Dritter; Jherings Jahrb. Bd. 36 S. 353. — Das römische Recht kannte freilich solche Verträge nicht, Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 88; Jhering, Jahrb. Bd. 4 S. 93. Dagegen Sohm in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 17 S. 55. Vgl. jetzt auch Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts 1907.

regelt, denn die Absicht, eine geschichtlich gebildete, den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Form von Verträgen zu unterdrücken, ist nicht zu unterstellen. Erkennt doch das B.G.B. Verträge zugunsten noch unbestimmter Dritter an. Es ist nur folgerecht, daß es auch Verträge mit unbestimmten Dritten zuläßt.

Bei den Verträgen mit unbestimmten Dritten nimmt ein Mittelsmann, z. B. ein Makler, den Vertrag gleichsam entgegen, um ihn dem von ihm bestimmten Dritten zu übermitteln.

Von den Verträgen zugunsten Dritter unterscheiden sich Geschäfte dieser Art dadurch, daß der Vertragsempfänger nach dem Eintritt des vorbehaltenen Dritten völlig aus dem Verpflichtungsverhältnis ausscheidet, so daß der Dritte ausschließlich als Gläubiger oder ausschließlich als Schuldner eintritt.

II. Zu Verträgen mit einem unbestimmten Dritten gehören namentlich Kaufgeschäfte, bei welchen sich ein Makler oder sonstiger Vermittler die „Aufgabe" eines Käufers vorbehält.[2] Die Franzosen nennen solche Geschäfte Kauf mit **déclaration de command** oder **élection d'ami.**[3]

Als Käufer wird berechtigt und verpflichtet die vom Vermittler aufgegebene Person, sobald sie ihren Eintritt in das Geschäft erklärt.

Der Verkäufer ist befugt, den Dritten zurückzuweisen, wenn dieser unsicher ist.

Erfolgt die Aufgabe nicht innerhalb vereinbarter oder angemessener Frist, oder wird sie mit Fug zurückgewiesen, so gilt der Makler als Käufer.[4] [5]

III. Es kommt vor, daß man sich gegenüber einem von einem Vermittler zu suchenden Gläubiger verbürgt, indem man dem Vermittler eine Bürgschaftsurkunde für den Fall des Eintritts des Gläu-

---

2) Solche Verträge kennen die Hamburger Maklerordnungen, ferner A.L.R. I, 11 § 13.

3) Schon der codex Fabrianus (a. 1615) tit. 34 def. 1 behandelt solche Verträge; quum quis emit sibi et amico aut electo aut eligendo, ac postea eligit una venditio est, dummodo fiat electio intra dies 40 et eodem pretio. Ehrenzweig, Die zweigliederigen Verträge 1895 § 3 gibt über die Literatur wertvolle Mitteilungen.

4) Beurteilungen solcher Geschäfte siehe bei R.G. 20, 37; 24, 64; 38, 185.

5) Vgl. auch Ehrenzweig, Zweigl. Verträge § 3; Hellwig, Verträge zugunsten Dritter S. 249. Man konstruiert solche Geschäfte meist anders, ohne daß die Ergebnisse meines Erachtens befriedigen.

bigers einhändigt. Auch solche Verträge sind im Leben und in der deutschen Praxis anerkannt.[6]

IV. Es gehört ferner hierher die Versicherung für fremde Rechnung, sowie die Versicherung „für Rechnung, wen es angeht", bei welcher offen gelassen wird, ob der Versicherer für sich oder für einen Dritten handelt, H.G.B. §§ 781, 782; Versich.Ges. §§ 74—80.

Der unbekannte Versicherte ist hierbei der Gläubiger der Versicherungssumme, H.G.B. § 886; Versich.Ges. §§ 75, 80. Der Versicherungsnehmer schließt also das Geschäft für den noch ungewissen Versicherten — die persona incerta — ab.

V. Die Entscheidungen der Reichsgerichte haben anerkannt, daß der Vertrag, wodurch der Inhaber einer B ü h n e das Recht der Aufführung eines dramatischen Werkes für diese erwirbt, im Zweifel zugute kommt dem derzeitigen Inhaber nur in dieser Eigenschaft — also nicht bei der Leitung anderer Bühnen — aber auch allen seinen Nachfolgern in der Verwaltung jener Bühne.[7] Sie stützen sich dabei auf den Grundsatz, daß man zugunsten eines Unternehmens, d. h. des unbestimmten Personenkreises der Leiter des Unternehmens Forderungen erwerben kann. Dies entspricht in der Tat deutschen Rechtsanschauungen. Nur muß — und dies ist beschränkend hinzuzufügen — das Unternehmen eine Konstanz und Dauerhaftigkeit haben, wie dies bei einer Bühne, welche ein bestimmtes Lokal und einen dauernden Apparat hat, der Fall ist. Für Erwerbsgeschäfte anderer Art können dagegen Forderungen nicht erworben werden, da bei ihnen die Frage, wer Gläubiger sei, fast ganz in der Luft schweben würde. Der spätere Leiter der Bühne ist Rechtsnachfolger des früheren. Sein Recht wurzelt im Vertrage des ersten Vertragsschließenden.

§ 82. Versteigerung.[1]

I. Die Versteigerung bereitet den Abschluß eines zweiseitigen Geschäfts dadurch vor, daß der Versteigerer, indem er dessen Inhalt im

---

6) R.G. Bd. 11 S. 248.

7) R.O.H.G. Bd. 12 S. 319. Es handelte sich um das Leipziger Stadttheater. Die Gründe des Erkenntnisses des R.O.H.G. stützen sich aber nicht sowohl auf sächsisches Recht, als auf allgemeine für ganz Deutschland anwendbare Grundsätze. Vgl. noch Nissen, Goldschmidts Zeitschr. f. H.R. Bd. 18 S. 352 ff.; R.O.H.G. Bd. 23 S. 359; R.G. Bd. 3 S. 156, Bd. 6 S. 28.

1) Aus der Literatur des gemeinen Rechts vgl. Kindervater in Iherings Jahrb. Bd. 7 S. 1 ff. Ihering hierzu ebendaselbst S. 166; Kindervater S. 356 und Ihering S. 376; Unger daselbst Bd. 8 S. 134; ferner Reuling in Iherings Jahrb. Bd. 10 S. 355 ff.

übrigen bezeichnet, das Publikum oder einen bestimmten Kreis von Personen auffordert, Preisgebote einzulegen. Bei Verkäufen und Verpachtungen soll die Versteigerung einen möglichst hohen Preis erzielen, bei Vergebung von Lieferungen hat der Mindestfordernde den Vorzug. Ob die Gebote in einem Termine mündlich einzulegen sind, oder — bei sog. Submissionen — schriftlich bis zum Ablauf einer Frist, ist für das Wesen einer Versteigerung gleichgültig.

Die Römer kannten Versteigerungen, ohne besondere Rechtssätze für sie zu entwickeln. Es war Sache des Versteigernden, mit dem Bieter, wenn ihm dessen Gebot zusagte, einen Vertrag zu schließen. Bis zu dessen Abschlusse blieb alles im Gebiet der Vorbereitung des Geschäfts.[2]

II. Im heutigen Leben sind freiwillige und Zwangsversteigerungen häufig.

Freiwillige Versteigerungen haben nicht selten ein schwindelhaftes Gepräge. Hierbei kann das Gesetz über unlauteren Wettbewerb vom 27. Mai 1896 §§ 1 und 2 eingreifen und gemäß B.G.B. § 138 Abs. 1 den Abschluß des Geschäfts nichtig machen.

Zwangsversteigerungen regelt des näheren Z.P.O. § 817, sowie Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. Mai 1897.

Im allgemeinen ist hervorzuheben:

1. Im Zweifel ist der Ansteigerer an sein Gebot gebunden, B.G.B. § 156 Satz 2.[3] Es ist dies ein Fall der Verpflichtungskraft eines einseitigen Versprechens.

2. Der Versteigerer kann der Regel nach die Versteigerung fallen lassen, bis er durch den Zuschlag das Gebot angenommen hat. Denn erst der Zuschlag vollendet im Zweifel das Geschäft, B.G.B. § 156 Satz 1. Die Versteigerungsanzeige steht also in einer Linie mit einer allgemeinen noch unverbindlichen Aufforderung zum Kontrahieren.[4] Doch

---

2) Dies ergibt sich daraus, daß die Römer, obgleich sie Versteigerungen kannten, nirgends besondere Sätze bezüglich der Verpflichtung der Bieter aufstellten.

3) Die Motive Bd. 1 S. 176 heben mit Recht hervor, daß die Bestimmungen des § 156 durchweg nur dispositive sind.

4) Zwei Auffassungen bestanden. Nach der einen liegt in dem *Ausbieten* des Versteigerers ein *Antrag* an die Bieter, durch Einlegung eines Gebotes wird der Vertrag, aber unter der auflösenden Bedingung abgeschlossen, daß kein höheres Gebot eingelegt wird. So Puchta, Pand. § 252; Kindervater S. 4 ff. Der Zuschlag wäre hiernach überflüssig. Die andere Ansicht ging dahin, daß regelmäßig der Vertrag erst durch den Zuschlag geschlossen werde, so daß der Versteigerer nicht gebunden ist, der Ansteigerer aber sich an sein Gebot für den Fall bindet, daß der Zuschlag rechtzeitig erfolgt. So Ihering in seinem Jahrb. Bd. 7 S. 172 ff. und andere. Diese Ansicht hat B.G.B. § 156 Satz 1 angenommen.

ist es zulässig, wenn auch nicht Regel, daß der Versteigerer sich dazu verbindet, die versteigerte Sache dem Meistbietenden abzulassen. Am ehesten mag dies vorkommen, wo unter einem Mindestpreise nicht geboten werden soll. Es liegt dann etwas der Auslobung Verwandtes, ein Antrag zugunsten einer unbestimmten Person unter gewissen Bedingungen vor.[5] [6]

3. Wie lange der Ansteigerer an sein Gebot gebunden bleibt, ist eine Frage, die sich nach den besonders festgestellten Versteigerungsbedingungen oder den einschlagenden Verkehrsgewohnheiten beantwortet.[7] Besonders streitig war, ob der Ansteigerer durch das höhere Gebot eines anderen frei wird, oder ob der Versteigerer die Wahl hat, welchen der Bieter er verhaften will.[8] Das Erstere ist in der Regel als die Absicht der Beteiligten anzusehen. Danach bestimmt B.G.B. § 156, daß das Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags abgebrochen wird. Daß andere Vereinbarungen getroffen werden können, ist auch hierbei selbstverständlich.

Es genügt die Abgabe des Übergebots. Rechtsgültig muß es nicht sein. Aber der Ausruf eines Geschäftsunfähigen, eines Geisteskranken oder eines Kindes ist kein Übergebot, weil sinnloses Handeln.[9]

---

5) Die Möglichkeit einer solchen Gestaltung — welche Jhering a. a. O. für das gemeine Recht leugnete — wurde von den meisten Neueren zugestanden. Unger in Jherings Jahrb. Bd. 8 S. 135 findet eine bindende Offerte des Versteigerers in incertam personam schlechthin, falls das Ausgebot mit einem Mindestpreise erfolgt. Allein es ist stets Frage des einzelnen Falles, ob sich der Versteigerer gegenüber den künftigen Ansteigerern binden wollte. Hieran ändert das B.G.B. nichts.

6) Soweit der Ausbietende die freie Bestimmung hat, ob er einen Zuschlag auf das Gebot erteilt oder nicht, wird auch die Aufstellung sog. Strohmänner, welche im Auftrage des Versteigerers bis zum Betrage mitbieten, zu welchem ihm die Sache feil ist, nicht als unerlaubt anzusehen sein. Anders Regelsberger, Vorverhandlungen S. 192.

7) Nach § 72 Zw.Verstg.Ges. vom 24. März 1897 erlischt ein Gebot, wenn es sofort ohne Widerspruch der Beteilgten und des Bieters zurückgewiesen wird, ferner ein Übergebot widerspruchslos zugelassen wird, ferner bei Aufhebung des Termins oder Einstellung des Verfahrens.

8) Dafür, daß ein höheres Gebot den Ansteigerer entlaste, waren unter anderen Kindervater S. 11 ff., S. 360 ff.; Regelsberger S. 175 ff., Windscheid, Pand. Bd. 2 § 308 Anm. 13. Dagegen Jhering a. a. O. Bd. 7 S. 170; ferner Reuling a. a. O. Bd. 10 S. 361 ff.

9) Ist durch die Versteigerungsbedingungen festgestellt, daß der Bieter Sicherheit zu stellen hat, so kann hieraus gefolgert werden, daß ein Gebot ohne Sicherheitsstellung wie nicht geschehen zurückgewiesen werden kann, nicht aber, daß der Bieter, dessen Gebot ohne Sicherstellung angenommen ist, die Verpflichtung übernommen hat, solche nachträglich zu leisten.

III. Nicht selten kommen bei Versteigerungen sog. Winkelverträge vor, mittels deren Aufkäufer Bietungslustige gegen ein Abstandsgeld oder gegen andere Vorteile vom Mitbieten abhalten. Sie vereiteln damit den Zweck, durch Eröffnung einer Konkurrenz annähernd sachgemäße Preise zu erzielen. Bei Zwangsversteigerungen, bei welchen der Zuschlag erfolgen muß, sind sie besonders gefährlich.

Solche Winkelverträge sind nicht selten ausbeutende und dann unsittliche, deshalb nach § 138 Abs. 1 *nichtige*.[10]

Der Zuschlag aber läßt sich um deswillen nicht anfechten, selbst dann nicht, wenn der Versteigerer vom Winkelvertrage nichts wußte. Denn er irrte solchenfalls höchstens im Beweggrunde. Dies genügt nach B.G.B. § 119 keineswegs zur Anfechtung des Geschäfts.

Die preußische Verordnung vom 14. Juli 1797 begegnete durch besondere Vorschriften dem Mißstande der Winkelverträge. Sie erklärte Verabredungen, welche bei öffentlichen — d. h. durch Behörden[11] geleiteten — Versteigerungen mittels geleisteter oder versprochener Abstandsgelder oder anderer Vorteile vom Bieten abhalten, für unerlaubt und strafbar. Die Strafvorschrift übernahm das preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 § 270, der auch nach dem Reichsstrafgesetzbuche, weil es diese Materie nicht regelte, gilt.[12] [Aber die Strafe trifft nur den, der vom Bieten abhält, nicht auch den, der sich abhalten läßt, sie trifft also nicht das Rechtsgeschäft, mithin ist dieses Geschäft nicht nach § 134 B.G.B. nichtig.[13]]

Die Verordnung von 1797 aber hat als privatrechtliche Vorschrift mit Inkrafttreten des B.G.B. seine Geltung verloren.

Soweit jedoch durch jene Winkelverträge in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Eigentümer und Hypothekengläubigern

---

10) Allerdings sind aber Verträge dieser Art nicht schlechthin und allgemein als unsittliche zu verwerfen, es kommt vielmehr auf die Beschaffenheit des einzelnen Falles, seinen Anlaß, Inhalt und Zweck an, R.G. bei Seuffert Archiv Bd. 42, 102. 10; Kammerg. vom 18. Februar 1902 und 26. Februar 1902 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 243 Bd. 5 S. 142; O.L.G. Kiel vom 12. März 1900 in Seufferts Arch. Bd. 56 S. 2 n. 2. R.G. vom 11. Juni und 29. Oktober 1904, sowie vom 4. Oktober 1905 Jur.Woch. 1904 S. 537 und 1905 S. 167, 682. Vgl. O.L.G. Colmar vom 26. April 1901 in Jur.Ztschr. für Elsaß-Lothringen Jahrg. 26 S. 392; O.L.G. Cassel vom 7. April 1904 Rechtsprechung d. O.L.G. Bd. 8 S. 426. Lotmar, Unmoralische Verträge S. 179; weiter geht Kohler in seinem Archiv für bürg. Recht Bd. 5 S. 225.

11) Vgl. R.O.H.G. Bd. 19 S. 273.

12) R.G. in Strafsachen Bd. 10 S. 220 und R.G. in Zivils. Bd. 18 S. 219, Bd. 26 S. 314; Jur.Woch. 1894 S. 59 n. 22.

13) [So R.G. verein. Zivilsenate vom 17. März 1905 Bd. 60, 273.]

vorsätzlich Schaden zugefügt wird, ist ihnen nach § 826 Schadensersatz zu leisten. Gemäß Z.P.O. § 287 hat der Richter nach seinem Ermessen den Schaden und seine Höhe festzustellen. Dabei wird er sich zweckmäßigerweise an die Bestimmung der Entschädigung durch die preußische Verordnung vom 14. Juli 1797 anlehnen können.

§ 83. Verpflichtung zur Eingehung von Verträgen.[1]

I. Es kommt vor, daß die Lage augenblicklich noch nicht zum Abschluß eines Vertrags reif ist, daß aber ein Interesse der Beteiligten daran besteht, sich den künftigen Abschluß von Verträgen zu sichern.

Dann kann es zu sog. **pacta de contrahendo** kommen, die man neuerdings als Vorverträge bezeichnet.

Sie sind als solche im B.G.B. nicht besonders geregelt, aber um deswillen selbstverständlich nicht unwirksam.[2]

1. Vorverträge sind häufig

a) zur Vorbereitung von Realverträgen, vor allem über Geben oder Nehmen eines Darlehns, B.G.B. § 610, aber auch bezüglich einer Leihe oder einer Pfandhingabe;[3]

b) zur Vorbereitung einer Skripturobligation, z. B. über Geben oder Nehmen eines Wechsels.

c) Auch Vorverträge über künftiges Abschließen von Konsensualverträgen sind möglich.[4]

Allerdings können die Beteiligten hier für künftige Eventualitäten auch durch bedingte Verträge, z. B. einen bedingten Kaufvertrag vorsorgen. Immerhin entspricht es oft mehr den Interessen, Auffassungen, Absichten der Beteiligten, erst künftig miteinander der jeweiligen Lage angepaßte Kaufverträge abzuschließen, als schon jetzt einen bedingten Vertrag abzufassen. Es besteht kein Grund dafür, sie hieran zu hindern.

2. Der Vorvertrag kann die Einzelheiten des künftig abzuschließenden Geschäfts vollständig regeln, z. B. die Bedingungen des künftigen

---

1) Degenkolb im Archiv für ziv. Praxis B. 71 S. 69; Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 270; Endemann, Bd. 2 S. 456; Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 1. Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte; Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse. Jena 1903. Kohler Lehrb. I S. 553.

2) Motive Bd. 1 S. 178, S. 184.

3) E. I sprach § 551 von Vorverträgen bei der Leihe, §§ 681 und 682 beim Verpfändungsvertrag.

4) Das Gegenteil nahm O.Trib. Bd. 69 S. 98 an. Dagegen aber R.G. Bd. 35 S. 187; ferner R.G. vom 5. Dez. 1899 in Jur.Woch. 1900 S. 59 n. 32.

Darlehns. Es genügt aber auch, daß er ausreichendes Material an die Hand gibt, um die Einzelheiten des Vertrags in einer den einverständlich erklärten Absichten des Vorvertrags entsprechenden Weise künftig im Streitfall richterlich festzustellen,[5] vgl. B.G.B. § 315.

3. Der Vorvertrag muß keineswegs notwendig die Form des künftigen Geschäfts haben. Dies liegt z. B. auf der Hand, wenn er die Ausstellung eines Wechsels zum Gegenstand hat.

Handelt es sich aber um Formen, welche dazu bestimmt sind, denjenigen, welcher die Verpflichtung übernimmt, vor Übereilung und Übervorteilung zu schützen, so unterliegt auch der Vorvertrag den Formen des Hauptvertrags. Dies gilt namentlich von dem Vorvertrag über Übereignung von Grundstücken.[6]

II. Es gibt Fälle, in welchen eine gesetzliche Verpflichtung zur Eingehung von Verträgen besteht.[7]

Insbesondere sind die dem öffentlichen Güterverkehr dienenden Eisenbahnen nach H.G.B. § 453 zur Übernahme von Gütern nach einer für den Güterverkehr eingerichteten Station des Deutschen Reiches verpflichtet. Entsprechendes bestimmt das Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 3 für Postsendungen und das Telegraphengesetz vom 6. April 1892 § 5 für Telegramme.

Der Grund dieser Bestimmungen liegt darin, daß das Vorrecht, welches durch diese Gesetze geschaffen oder bestätigt ist, gerechterweise Auflage der Verpflichtung verlangt, die monopolisierten Dienste jedem zu leisten, welcher zu den gesetzlich bestimmten Gegenleistungen bereit ist. Man wird daher Gleiches in allen Fällen anzunehmen haben, in welchen ein staatliches Monopol besteht.[8]

Ja es ist zulässig, den in den gedachten Reichsgesetzen enthaltenen Gedanken noch weiter anzuwenden bezüglich der Anstalten, welche ihre

---

5) Vgl. R.G. Bd. 35 S. 187; R.O.H.G. Bd. 11 S. 1.

6) Staudinger Anm. 2 e; Planck Anm. 1 e zu § 313 R.G. 53, 236. — Siehe auch R.G. vom 24. April 1902 in D.Jur.Ztg. 1902 S. 335.

7) Biermann, Rechtszwang zum Kontrahieren in Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 267.

8) Gerichtsvollzieher müssen, sofern nicht gesetzliche Hinderungsgründe vorliegen, die ihnen erteilten Aufträge annehmen. Hingegen besteht eine solche Verpflichtung bei Anwälten nicht. Hier kommt die gerichtliche Beiordnung in Frage, § 33 Rechtsanwaltsordnung. Zu verneinen ist die Streitfrage, ob ein Angeklagter, der einen Anwalt zu seiner Verteidigung nicht findet, auf Grund des § 33 Rechtsanwaltsordnung die Beiordnung eines Anwalts verlangen kann. Im Strafprozeß gibt es keine „Partei", auch ist hier die Vertretung durch „Anwälte" niemals geboten.

Dienste dem gesamten Publikum anbieten und zu diesem Zweck konzessioniert sind, wie die der Straßenbahnen, Droschken, öffentlichen Theater. [Auch gibt es öffentliche Anstalten, die zum Abschlusse von Versicherungsverträgen verpflichtet sind.] Alle derartigen Anstalten dürfen die in ihren Bereich fallenden Geschäfte nicht willkürlich, sondern nur aus guten Gründen verweigern. Dies entspricht auch den Verkehrsbedürfnissen und der Gerechtigkeit.[9]

Die Verpflichtung solcher Anstalten zur Eingehung von Verträgen ist nicht bloß öffentlich-rechtlich. Vielmehr erwächst unter den geeigneten Voraussetzungen zugunsten eines jeden, der sich meldet, ein privatrechtlich klagbarer Anspruch auf Vertragsschluß oder geeignetenfalls auf Schadensersatz. Nur wenn man dies annimmt, besteht ein genügender Schutz des Publikums. Denn der Rechtsweg hilft sicherer und nachdrücklicher als etwaige Maßregeln der Aufsichtsbehörden.

Zweites Kapitel.

Erfordernisse des Schuldvertrags.

§ 84. Rechtspflicht, Vermögenswert.[1]

Unzählige Versprechen werden im Leben gegeben und angenommen, welche keine rechtlichen und keinesfalls klagbare Verbindlichkeiten begründen können, z. B. das Versprechen an den Freund, rechtzeitig zum Skat zu kommen, oder an die Frau, vor Mitternacht zu Hause zu sein, oder an den Arzt, zwei Stunden täglich spazieren zu gehen, oder an den Apostel des blauen Kreuzes, geistige Getränke nicht mehr zu genießen, und dergleichen Dinge mehr.

Worin das unterscheidende Merkmal von bloß sozialen und von rechtlichen Verbindlichkeiten liegt, darüber bestimmt das B.G.B. nichts.[2]

---

9) So Reuling in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 16 S. 672.

1) Kohler im Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 12 S. 11; Hellwig, Arch. f. zivile Praxis Bd. 86 S. 223; Jhering, Jahrb. f. Dogm. B. 18 S. 43; Kuhlenbeck in Jur.Woch.. 1897 S. 361.

2) E. I § 206 schrieb vor, „Gegenstand eines Schuldversprechens kann ein Tun oder ein Unterlassen sein". Die Motive Bd. 2 S. 225 deuten dies dahin, daß jedes Tun oder Unterlassen dessen Gegenstand bilden könne, damit sei „der große Grundsatz" zum Ausdruck gebracht, daß ein vermögensrechtliches Interesse nicht zum Wesen der Obligation gehöre. Die zweite Kommission trat dem bei, wenn sie auch den § 206 umgestaltete, doch verlangte man bei der Beratung ein „schutzwürdiges Interesse" ohne sich darüber zu erklären, was dahin gehöre. Das B. G. B. selbst schweigt über die Frage. Denn daß § 241 erklärt, kraft des Schuldverhältnisses sei man berechtigt, eine Leistung zu fordern, führt nicht zu dem Schluß, daß jede Art von Leistung sein Gegenstand sein könne.

Manche suchen das Unterscheidungsmerkmal darin, ob die Beteiligten das Versprechen nicht bloß als ein ernstliches, sondern auch als ein rechtlich bindendes abgaben.[3] Dies soll für jeden Einzelfall durch Auslegung der Parteierklärungen beantwortet werden, bilde also eine Tatfrage, keine Rechtsfrage.

Aber diese Lösung ist unzureichend und unbefriedigend.[4] Sehr häufig werden die Beteiligten sich bei Abgabe ihres Versprechens über die Frage keinerlei Rechenschaft geben. Wenn dies aber auch der Fall sein sollte, wenn z. B. jemand schriftlich erklärt hatte, daß sein Gelübde, keine geistigen Getränke zu genießen, für ihn rechtlich bindend sein soll, so wäre dies bedeutungslos. Ein deutscher Richter wird sich nicht leicht finden, welcher denjenigen verurteilt, der ein solches Gelübde als rechtlich bindend abgab, damit es durch Geldstrafe und Haft erzwingbar wird. Das würde der Volksüberzeugung in das Gesicht schlagen.[5]

Daher meint Planck zu § 241 S. 6, es komme darauf an, ob die versprochenen Leistungen nicht einer Sphäre des Lebens angehören, die nicht geschäftsmäßig sein soll. Und zwar sollen Religion, Liebe, Anstand die Gebiete bilden, in betreff deren Verabredungen dem Rechtsverkehr entzogen seien.[6]

Danach wäre das Versprechen, eine Kirche zu bauen oder zu reparieren, nicht klagbar. Dies ist unannehmbar!

Das regelmäßige Merkmal dafür, ob eine Leistung geschäftsmäßig ist, liegt vielmehr darin, ob sie einen Geldwert hat oder ob sie wenigstens für Geld im Verkehr beschaffbar ist.

Zu welchem Zwecke der Gläubiger das Geleistete benutzen will, ob zur Mehrung seines Vermögens, zum Verbrauch oder zum Vertun, ist natürlich unerheblich.[7]

Das römische und das gemeine Recht verlangte in dem ausgeführten

---

3) So Cosack Bd. 1 § 80.

4) Vgl. Hellwig a. a. O.

5) Vertragsstrafen zum Schutze bloß sozialer Versprechen entbehren der Klagbarkeit nicht; vgl. unten: Unzulässige Vertragsstrafen § 101 II. — Vgl. ferner oben Bd. I § 141.

6) Planck schließt sich dabei an Kohler in dessen Archiv Bd. 12 S. 1 an. Doch geht Kohler nicht ganz so weit als Planck.

7) Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 53 Heft 4. Der Klage auf Rückgabe des gegebenen Wechsels kann nicht entgegengestellt werden, daß der Wechsel keine Wirksamkeit und Kläger demgemäß kein Interesse am Rückempfange des Wechsels habe.

Sinne Geldwert der Obligation.[8] Das Schuldverhältnis des B.G.B. aber sollte und konnte nichts wesentlich anderes sein, als die gemeinrechtliche Obligation.[9]

Nicht jedes Versprechen, welches einen Vermögenswert hat, ist übrigens rechtlich verbindlich. Die allgemeine Verkehrsauffassung kann vielmehr sehr wohl ergeben, daß dies nicht der Fall sein sollte, z. B. bei einer Einladung zu einem Diner, trotzdem der Gast durch das Diner die Kosten des Mittagsbrots sparen wird.

§ 85. Bestimmbarkeit der Leistung.

I. Verträge können b e s t i m m t sein, so daß Inhalt und Umfang der Leistung nach dem Vertrage vollständig unmittelbar festgestellt werden.

Das mag in älteren Zeiten für den Schuldvertrag schlechthin notwendig gewesen sein. Nach jetzigem Recht ist es nicht Bedingung der Gültigkeit des Geschäfts. Nur die Wechselschuld muß eine völlig bestimmte sein.

Immerhin sind b e s t i m m t e Verträge häufig und prozessual zum Teil bevorzugt. Insbesondere können Ansprüche, welche auf Zahlung einer bestimmten Summe Geldes oder anderer vertretbarer Sachen lauten, im Urkundenprozeß — Z.P.O. § 592 — sowie im Mahnverfahren — Z.P.O. § 688 — verhandelt werden.

II. An sich genügt es, daß die Verpflichtungen der Vertragschließenden b e s t i m m b a r sind. Der Begründungsakt muß hiernach Inhalt und Umfang der aus ihm entspringenden Verpflichtungen nicht unmittelbar vollständig enthalten, wohl aber Festsetzungen treffen, wonach sie bemessen werden können. Und zwar kann folgendes sein:

1. Die Beteiligten waren über alle wesentlichen und für sie erheblichen Punkte bezüglich des Inhalts und des Umfangs der Verpflichtung einig, aber ihre Willensmeinung hat keinen v o l l s t ä n d i g e n

---

8) Jedenfalls war dies die herrschende Ansicht. Dagegen freilich Windscheid Bd. 2 § 251 Anm. 3, § 314 Anm. 3; Jhering, Jahrb. Bd. 18 S. 43; Regelsberger bei Endemann, Handbuch Bd. 2 S. 472; Pernice, Labeo Bd. 3 S. 172; vgl. aber Dernburg, Pand. Bd. 2 § 17 Anm. 6; Hellwig a. a. O. und die dort Angef.

9) [Die Ansicht Dernburgs ist lebhaft angefochten und in der Tat sehr anfechtbar. Gegner seiner Auffassung sind jetzt namentlich Kohler, Lehrb. II S. 90, Planck II S. 5, Staudinger II S. 6 mit ausführlichem Literaturnachweis S. 7. Es kann heut als herrschende Meinung angesehen werden, daß jedes ernstliche und nicht ausschließlich dem Gebiete der Religion, der Liebe oder des Anstandes angehörige Interesse Inhalt einer Obligation sein kann.]

Ausdruck im Vertrage gefunden. Hier liegt dem Richter, soweit möglich, die Ermittelung des Willens der Beteiligten aus begleitenden Umständen und Tatsachen ob. Es handelt sich dabei bloß um die Auslegung der Vereinbarung.[1]

2. Nicht selten haben die Beteiligten Bestandteile des Vertrags noch nicht geregelt, aber festgesetzt, wie sie zu bestimmen sind.[2] Nicht bloß um weniger Wichtiges, auch um Wesentliches kann es sich hierbei handeln, z. B. um die Höhe der Gesellschaftsanteile der Gesellschafter.

Es genügt namentlich, daß der Umfang der Ansprüche zur Zeit der Fälligkeit bestimmt werden kann.[3] Man handelt z. B. zu einem künftigen Markt- oder Börsenpreis, oder man verspricht, ohne daß neue Vertragschlüsse in Aussicht genommen werden, einem Fabrikanten zu angemessenen Preisen für Jahre Materialien, soweit er solche zum Betriebe seiner Fabrik brauchen wird. Hiernach ist auch der Vertrag möglich, durch welchen man sich verpflichtet, Geldvorschüsse zu machen, soweit dies zur Begründung eines bestimmt bezeichneten Geschäfts des anderen Teiles nötig ist. Erforderlich ist dabei freilich, daß sich aus den Umständen der ungefähre Betrag erkennen läßt. Selbstverständlich kann eine solche Verpflichtung auch nicht für alle Zeiten, sondern höchstens für die nächste Zeit übernommen werden.[4]

Dies alles ergeben allgemeine Grundsätze. Vorschriften trifft das B.G.B. § 315 für die Bestimmung durch einen der Vertragschließenden, sowie durch Vertrauensmänner, sog. Arbitratoren.

---

1) Vgl. Bolze Bd. 4 n. 517. X. hatte sein 17 Jahre altes Mündel geschwängert. Als Entschädigung für die verlorene Ehre versprach X. ihr ein Kapital, von dessen Zinsen sie anständig leben könne. X. ist unter Berücksichtigung seiner Vermögenslage zu 25 000 Mark verurteilt worden. Vgl. R.G. Bd. 2 S. 49. — Die Vereinbarung ferner, daß in einer bestimmten Gegend eine Fahrstraße in angemessener Breite angelegt werde, ist genügend bestimmt, Bolze Bd. 1 n. 805.

2) Ist der Inhalt der Leistung nicht zu bestimmen, so ist eine Obligation nicht vorhanden oder wenigstens nicht bei Gericht zur Geltung zu bringen l. 71 pr. D. de leg. I: magis derisorium est, quam utile legatum. Unverbindlich ist z. B. die Zusage eines anständigen Geschenkes, aber das Versprechen einer anständigen Entschädigung für eine Leistung ist gültig. Sie kann nach dem Werte der Leistung mit Berücksichtigung der Lebensstellung der Beteiligten und dem üblichen bemessen werden, Bolze Bd. 16 n. 275; R.G. Bd. 8 S. 230, oben Anm. 1.

3) Jur.Woch. 1887 S. 418 n. 19.

4) Ein Vertrag, in welchem ein Grundstückseigentümer dem Bergwerksbesitzer das Recht einräumt, die zu bergbaulichen Zwecken erforderlichen Ländereien zu okkupieren, ist genügend bestimmt, Jur.Woch. 1889 S. 146

III. Wird ein Anspruch im Wege der Klage geltend gemacht, so hat Kläger einen bestimmten Antrag zu stellen, § 253 Ziff. 2 Z.P.O. Ein Antrag auf Bezahlung der Kosten eines früheren Rechtsstreits würde z. B. ohne Angabe des Betrags dieser Kosten unzulässig sein.[5] Wenn das Gesetz dem Kläger einen Anspruch „nach billigem Ermessen" gewährt, wie in dem § 971, oder eine „billige Entschädigung" zuspricht, wie in den §§ 847, 1300, so ist es Sache des Klägers, in der Klage den bestimmten Betrag, den er beansprucht, anzugeben. Immerhin darf das Prinzip der Bestimmtheit des Antrags nicht überspannt werden.[6] Die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung ist kein sicheres Merkmal für die nötige Bestimmtheit des Antrags bei einer Leistungsklage.[7] Im äußersten Falle steht die Interessenklage dem Gläubiger zu Gebote, § 893 Z.P.O.

§ 86. Bestimmung durch einen der Vertragschließenden.

I. Die Ausgestaltung eines Vertrags insbesondere nach Umfang, Art, Zeit und Ort der Leistung darf nach heutigem Recht einem der Vertragschließenden überlassen sein, und zwar entweder seiner beliebigen Bestimmung oder seinem billigen Ermessen.[1] [2]

---

n. 39. Die Vereinbarung, daß der Darlehnsgläubiger an Stelle der baren Rückzahlung Möbel aus dem Möbellager des Darlehnsschuldners zur Ausstattung seiner sieben Kinder entnehmen könne, ist gültig, Bolze Bd. 21 n. 323.

5) O.L.G. Colmar v. 28. Febr. 1900 in Jur.Zeitschr. f. Els.-Lothr. Bd. 25 S. 238.

6) Vgl. R.G. Entschdg. Bd. 10 S. 353, Bd. 12 S. 388, Bd. 21 S. 387, Bd. 37 S. 174, Bd. 40 S. 184; Jur.Woch. 1900 S. 501 und S. 438 n. 5. Den Antrag, den Beklagten zu verurteilen, für ordentliche und saubere Wirtschaft in den gemieteten Restaurationsräumen zu sorgen, hat das R.G. für genügend bestimmt erachtet. R.G. v. 26. März 1900 im Sächs.Arch. Bd. 10 S. 248.

7) R.G. v. 26. März 1900 in Sächs.Arch. Bd. 10 S. 248; Striethorst Arch. Bd. 93 S. 36 und 40.

1) Recke in Arch. f. bürgerl. R. Bd. 20 S. 137: das Ermessen im B.G.B. Schirmer im Arch. f. zivil. Pr. Bd. 91 S. 136: arbitrium merum et a. boni viri. de Claparède: Leistungsverzug S. 59 ff. — Die §§ 315—319 B.G.B. entsprechen im wesentlichen den in der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen. Vgl. Jur.Woch. 1887 S. 72 n. 32, 1888 S. 259 n. 35; O. Trib. Bd. 74 S. 1; Strieth.Arch. Bd. 58 S. 344; R.O.H.G. Bd. 13 S. 306, Bd. 16 S. 427, Bd. 18 S. 258; R.G. Bd. 1 S. 338, Bd. 8 S. 230, Bd. 34 S. 302; Jur. Woch. 1889 S. 148 n. 46, 1895 S. 49 n. 34. R.G. 64, 114 (betreffs der Leistungszeit).

2) Meist lehrt man, daß der Vertrag unwirksam ist, wenn die Bestimmung von dem freien Belieben einer Partei abhängt, sofern es sich um den unmittelbaren Gegenstand der Leistung handele, bezüglich einzelner Modalitäten seien die Umstände des Falles maßgebend, so Goldmann und Lilienthal S. 104. Das B.G.B. enthält hierüber nichts. Einen Vertrag, wonach man

1. Dies kann nicht schrankenlos geschehen. Die Freiheit und Selbstbestimmung des Schuldners darf nicht in übertriebener Weise verletzt werden.

Auch wenn die Ergänzung nach billigem Ermessen des einen Teils geschehen soll, muß Richtung und Ziel übersehbar sein. Sonst würde der Vertrag als eine drückende Einschränkung der Selbstbestimmung gegen die guten Sitten verstoßen. Die bisherige Rechtsprechung erachtete in diesem Sinne das Versprechen der Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, deren Gegenstand zwar festgestellt, deren Statut aber noch nicht bestimmt ist, auch dann als unverbindlich, wenn das Statut nach billigem Ermessen der Gründer entworfen werden sollte.[3]

Solche Versprechen gelten hiernach als verpflichtend nur, wenn das bereits vertragsmäßig Festgestellte oder das Verkehrsgebräuchliche dem Richter Anhaltspunkte bieten, um die Ergänzung vorzunehmen.[4]

Hieran hat das B.G.B. nichts geändert.[5]

II. Das B.G.B. § 315 Abs. 1[6] schreibt nur vor, wenn die nähere Bestimmung der Leistung einem der Vertragschließenden überlassen ist, sei im Zweifel anzunehmen, daß sein billiges Ermessen in bezug genommen ist.

III. Die vorbehaltene Bestimmung — mag sie dem Belieben oder billigem Ermessen anheimgestellt sein — geschieht durch Erklärung an den Mitkontrahenten. Sie ist formfrei, kann also mündlich wie schriftlich sein, auch in einer Klageerhebung kann sie liegen.

Einmal dem andern Teile zugekommen, darf sie nicht zu dessen Ungunsten geändert werden, selbst wenn dieser sie zurückgewiesen hat.[7] Anfechtung der Erklärung wegen Irrtums, Betrugs, Zwanges ist zulässig.

---

sich nach freiem Belieben Sachen, z. B. Kunstwerke, zu den Verkaufspreisen aus einem Atelier entnehmen darf, halte ich für gültig. In ihm liegt nichts gegen „die guten Sitten". Wohl zu unterscheiden von dem Falle, daß auch das „ob" (nicht nur das „wie") von dem freien Ermessen des Schuldners abhängig ist.

3) Vgl. R.O.H.G. Bd. 11 S. 375; Entschdg. d. R.G. Bd. 46 S. 258.

4) R.O.H.G. Bd. 7 S. 267, Bd. 11 S. 372, Bd. 18 S. 354. Vgl. Wiener in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 24 S. 43.

5) Anderer Ansicht, aber irrtümlich Planck S. 130 Anm. 3 zu § 315. Dagegen Oertmann zu § 315. Staudinger zu § 315 Bd. 2 S. 175.

6) E. I § 353; Mot. Bd. 2 S. 192.

7) Hat derjenige, der für geleistete Arbeiten den angemessenen Betrag zu fordern hat, dem Gegenkontrahenten eine Rechnung zugesandt, so kann er den angegebenen Betrag nachträglich nicht erhöhen, es sei denn, daß Irrtum oder dergl. vorläge. O.L.G. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 56 S. 82 n. 46. Vgl. R.O.H.G. Bd. 11 S. 249.

IV. Ist der Vertrag vom billigen Ermessen des einen Teils abhängig, so hat dieser im Streitfall *seinerseits darzutun*, daß *seine Bestimmung der Billigkeit entspricht*. Dabei muß vorzugsweise das für gleichartige Verhältnisse Ortsübliche maßgebend sein, so daß z. B. in teueren Badeorten auch sehr hohe Preise billig sein können.

V. An Stelle der Bestimmung der Partei *nach billigem Ermessen* tritt solche durch Urteil ein, § 315 Abs. 3 letzter Satz,

a) wenn die Parteibestimmung nicht der Billigkeit entspricht, sowie

b) wenn sie verzögert wird.[8]

Wie in diesen Fällen die richterliche Bestimmung herbeizuführen ist, ob durch Leistungs- oder durch Feststellungsklage, ergibt sich aus allgemeinen prozessualen Grundsätzen. Der Bestimmende selbst wird in der Regel die Leistungsklage zu erheben haben. Wird hierbei die Billigkeit seiner Bestimmung bestritten und ist sie nicht darzutun, so hat der Richter, soweit er es billig findet, zu verurteilen. Ist die Leistungsklage noch nicht zulässig und besteht ein Interesse an sofortiger Anerkennung der bestrittenen Bestimmung, so kann der Bestimmende die Feststellungsklage erheben, Z.P.O. § 256. Der Gegner des Bestimmenden, welcher seinerseits die richterliche Bestimmung herbeiführen will, muß die Feststellungsklage erheben mit dem Antrag, was er als billig bezeichnet, durch Urteil als solches anzuerkennen.

VI. Die Bestimmung, welche *vom bloßen Ermessen* eines Vertragsschließenden abhängig ist, kann nicht durch richterliches Urteil ersetzt werden. Das Geschäft ist also als durch die Parteibestimmung aufschiebend bedingt zu behandeln. Nach Treu und Glauben ist es in der Regel so auszulegen, daß die Bedingung als ausgefallen gilt, wenn die Bestimmung unverhältnismäßig verzögert wird.[9]

VII. Häufig wird im heutigen Verkehr der Umfang der für eine Leistung zu gewährenden *Gegenleistung* nicht ausdrücklich beim Geschäftsschluß festgestellt.

Dann ist in der Regel das Verkehrsübliche als vereinbart anzusehen. Insbesondere gilt beim Kauf von börsen- oder marktgängigen Waren der Börsenkurs oder Marktpreis als vereinbart. Apothekerwaren

---

8) „Verzögerung" ist nicht dem Verzuge gleich, der ein Verschulden voraussetzen würde. Verzögerung bedeutet Hinausschiebung aus irgend welchen Gründen über den nach Lage des Vertrags zu bestimmenden Zeitpunkt.

9) Planck Anm. 5 zu § 316.

ferner gelten als nach der staatlichen Taxe seitens des Apothekers veräußert. Bei Dienstverträgen — § 612 — Werkverträgen — § 632 — und dem Maklervertrag — § 653 — gilt ebenso in erster Linie eine bestehende Taxe, in zweiter die übliche Vergütung als vereinbart.

Wenn aber weder ausdrücklich noch stillschweigend eine Vereinbarung getroffen ist, so hat sie die Partei, welche die Gegenleistung zu fordern hat, nach billigem Ermessen festzustellen, § 316, vgl. § 315 Abs. 1. Dies gilt namentlich auch, soweit die maßgebende Taxe — z. B. beim Arzt — einen Spielraum läßt.[10]

§ 87. Bestimmung durch Dritte.[1]

I. Die nähere Bestimmung des Vertrags kann Dritten überlassen werden.

Dies kann in verschiedener Weise, zu verschiedenen Zwecken, mit verschiedenen juristischen Folgen geschehen.

Denn ganz etwas anderes ist es, wenn die Bestimmung dem freien Belieben und wenn es dem billigen Ermessen des Dritten überlassen ist.[2] In beiden Fällen übrigens erfolgt die Bestimmung in der Regel durch Erklärung an einen der Vertragschließenden — § 318 Abs. 1 —, sie muß persönlich geschehen, ist formlos und ist unwiderruflich, wenn einmal mitgeteilt.[3]

II. Die Bestimmung wird dem freien Belieben eines Dritten z. B. überlassen, wenn die Frau des Käufers zwischen Schmucksachen wählen soll, welche der Mann zu ihrem Gebrauch erwirbt.

Ein derartiges Geschäft ist durch die Bestimmung des Dritten bedingt. Daher wird der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will, oder wenn er sie verzögert, § 319 Abs. 2.

Richterliches Urteil kann die Bestimmung in diesem Falle nicht ersetzen. Ob die Bestimmung des Dritten der Sachlage nach als unbillige anzusehen ist, kommt hier nicht in Betracht.

---

10) Goldmann und Lilienthal S. 105; Staudinger Anm. 2 zu § 316.

1) Weismann, Das Schiedsgutachten im Archiv f. zib. Praxis Bd. 72 S. 269; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 15.

2) Vgl. zu §§ 317 ff.; E. I §§ 355 bis 357; Mot. Bd. 2 S. 193; Prot. Bd. 1 S. 464.

3) R.O.H.G. Bd. 11 S. 247.

III. Die Bestimmung kann dem billigen Ermessen des Dritten überlassen sein.[4] [5] Dies ist im Zweifel anzunehmen, § 317 Abs. 1.

Solches Geschäft ist unbedingt.

1. Der Dritte ist sog. Arbitrator. Das ist nicht Schiedsrichter, denn das Schiedsgericht setzt einen Rechtstreit voraus, welcher hier nicht vorliegt. Vielmehr handelt es sich um billige Ergänzung des Vertrags in die Seele der Beteiligten hinein.[6] [7]

2. Die Bestimmung ist kein Rechtsgeschäft, wie Planck S. 132[8] meint, so wenig wie ein Urteil, denn der Bestimmende ist am Geschäfte nicht beteiligt.

3. Selbstverständlich ist daher der Bestimmende zur Anfechtung seiner Bestimmung wegen Irrtums, Täuschung, Drohung nicht befugt.

Wohl aber hat der durch die beeinflußte Bestimmung Verletzte das Recht der Anfechtung. Diese hat unverzüglich[9] nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes zu geschehen; mit Ablauf von 30 Jahren wird die Bestimmung unanfechtbar, § 318 Abs. 2.

Die mit Grund angefochtene Bestimmung des Arbitrators ist nichtig. Ist sie dann von ihm nachzuholen? Das nimmt Planck S. 133[10] an. Im Sinne des Geschäfts ist dies aber schwerlich, würden doch hierdurch unabsehbare Weiterungen entstehen. Entsprechend dem Falle der Verzögerung durch den Arbitrator, wird daher richterliche Bestimmung einzutreten haben.

4. Soll die Bestimmung durch mehrere geschehen, so bedarf es im Zweifel der Einstimmigkeit, handelt es sich aber um Festsetzung von Summen, so ist im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend, § 317 Abs. 2.

---

4) So schon l. 76 D. pro socio 17, 2.

5) Hierher gehört die Arbitrageklausel im Getreidehandel, wonach bei etwaigen Sachmängeln des gelieferten Getreides die Ware zwar empfangen werden muß, aber nur gegen den von einer Kommission taxierten Minderwert. Frommel, Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 39 S. 326.

6) Vgl. R.O.H.G. Bd. 18 S. 343.

7) Der Arbitrator braucht nicht benannt zu sein, es genügt, daß er durch bereits bestehende oder auch künftige Umstände bezeichnet wird, z. B. der jetzige, künftige Stadtbaumeister, Börsenvorstand. Soll die Person des Arbitrators erst noch von den Beteiligten vereinbart werden, so besteht noch kein bindender Vertrag, B.G.B. § 154; Oertmann zu § 317 Ziff. 1.

8) Und Kuhlenbeck bei Staudinger Anm. 1 zu § 318.

9) Gegensatz zu § 124 B.G.B.

10) So auch Staudinger Anm. 2 zu § 318.

5. Der Arbitrator ist zur Bestimmung verpflichtet, wenn er sich hierzu den Beteiligten verbunden hat. Die Übernahme des Spruchs genügt noch nicht zur Unterstellung einer solchen Verbindlichkeit.

6. Die Bestimmung des Arbitrators wird durch richterliches Urteil ersetzt,[11]

a) wenn sie verzögert wird, namentlich also auch wenn sich die Arbitratoren nicht einigen;

b) wenn die Bestimmung offenbar der Billigkeit nicht entspricht.

Vorausgesetzt ist, daß die verletzte Partei um deswillen Ersetzung durch richterliches Urteil begehrt. Beklagter ist nicht der Arbitrator, sondern der Mitkontrahent. Der Kläger hat die Unbilligkeit oder Verzögerung im Streitfall darzutun.

Drittes Kapitel.

Abstrakte Schuldverträge.[1]

§ 88. Abstrakte Schuldverträge. Einleitung.

I. Abstrakte Schuldverträge und Schuldversprechen sind nach B.G.B. und den neben ihm geltenden Reichsgesetzen möglich und häufig.

Die Benennung „abstrakte Obligation" ist freilich diesen Gesetzen fremd. Sie gehört der Sprache der Wissenschaft an. Dagegen wird von „selbständiger" Begründung der Schuldversprechen B.G.B. § 780 gesprochen.

Diese Selbständigkeit beruht darin, daß durch Vertrag die Schuldverpflichtung von dem Bestimmungsgrunde — causa —, welcher zu ihrer Begründung führte, losgelöst wird, so

11) Vgl. l. 79 D. pro socio 17, 2.

1) Neubecker in Arch. f. bürgerl. R. Bd. 22 S. 34: Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen; v. Tuhr in Festschrift der Straßburger Univers. für Schultze (Leipzig, 1903): Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen; Oertmann in D.Jur.Ztg. 1902 S. 104: abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde; Neumann bei Gruchot Bd. 45 S. 503: Zur Lehre von dem Verpflichtungsgrunde; Putzler in Jur. Wochenschr. 1901 S. 387: Zur Anwendung der §§ 517, 518, 780 B.G.B.; Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 127: Zur Lehre von Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis und von der Quittung; Ackermann bei Gruchot Bd. 44 S. 573: über das Verhältnis des Schuldanerkenntnisses und des Schuldversprechens zu ihrem Schuldgrunde; Wienstein daselbst Bd. 48 S. 477: Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Recht; Klingmüller in Fischers Abhdlg. 1903: Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis; Schreiber in Sächs. Arch. Bd. 15 S. 573: Zur Lehre vom Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis; Rümelin im Archiv f. zib. Praxis Bd. 97 S. 211 und 98 S. 169; Thiele in Jur.Woch. 1906 S. 413. — Die gemeinrechtliche Literatur s. bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 22 Anm. 2 ff.

daß sie ohne Beziehung auf den Bestimmungsgrund geltend gemacht werden kann.

Undenkbar ist es, daß ein Schuldverhältnis ohne Grund entsteht. Dies widerspricht den Gesetzen des vernünftigen Handelns. Möglich aber ist, den Schuldverhältnissen eine Gestalt zu geben, wonach sie unabhängig von ihrem Grunde geltend gemacht werden können.

Dies hat erhebliche Vorteile für den Gläubiger, denn die Abhängigkeit der Schuldverpflichtung von ihrem Bestimmungsgrunde bildet eine Schwäche des Schuldverhältnisses, welche dessen Geltendmachung und Verwertung behindert.

Der Anspruch des Verkäufers z. B. auf den Kaufpreis ist abhängig von der vertragsgemäßen Lieferung der Waren. Er hat diese zu beweisen, wenn der Käufer der Klage auf den Preis die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegenstellt. Diese Einrede steht auch dem Zessionar entgegen, welchem der Kaufpreis abgetreten ist. Anders, wenn der Verkäufer ein abstraktes Forderungsrecht auf den Kaufpreis — z. B. durch einen Wechsel — erhält. Damit ist er des schwierigen Beweises, daß er vertragsgemäß geliefert hat, entledigt, sind die Schikanen des Käufers, welche sich hieran knüpfen und den Prozeß verzögern können, abgeschnitten.

Aber dem Gläubiger soll doch auf diesem Wege nur rascher, bequemer und sicherer *zuteil werden, was ihm gebührt*. Keineswegs soll er erhalten, was ihm nicht gebührt. Kann also, um bei jenem Beispiel zu bleiben, der Käufer seinerseits dartun, daß er die Ware nicht erhielt, um derentwillen er sich abstrakt verpflichtete, so darf er das von ihm Geleistete zurückfordern. Zu diesem Zwecke steht ihm der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu, § 812 Abs. 1. Nicht minder hat er aus gleichem Grund (nach § 821) eine Einrede, die er freilich seinerseits beweisen muß, und die er nicht immer Dritten entgegenstellen kann, welche die abstrakte Obligation erworben haben.[2]

II. Die Geschichte der abstrakten Verträge steht in engem Zusammenhange mit den das Schuldrecht beherrschenden Richtungen, die bald im Interesse des Kredits schneidige Geltendmachung der Forderung, bald im Namen der Humanität größeren Schutz des Schuldners fordern.

Das altrömische Schuldrecht hatte in der Stipulation C. dare spondes? C. dare spondeo ein vollendetes Muster für abstrakte Ver-

---

2) Vgl. hierzu: Staub, Komm. z. H.G.B. Anm. 14 zu § 350.

bindlichkeiten. Warum das Versprechen erteilt war, darüber gab sie keine Auskunft, und in der actio certae pecuniae, welche aus solcher Stipulation entsprungen war, wurde danach nicht gefragt. Dies änderte sich erst mit der Kaiserzeit, seit die exceptio non numeratae pecuniae oder „doli“ generalis dem Schuldner die Möglichkeit gab, im Prozesse vorzubringen, daß ihm die Gegenleistung nicht gewährt war, um derentwillen er promittiert hatte.

Als man später einen Schritt weiter tat und dem Gläubiger im Falle des Vorschützens jener Einrede den Beweis auflegte, daß er die Leistung, um derentwillen der Schuldner promittiert hatte, bewirkt habe, verlor die Stipulation im Grunde ihre abstrakte Natur. Dies entsprach den Auffassungen der späteren Zeit, welche die Schuldner möglichst zu schützen suchte auf die Gefahr hin, den Kredit in Frage zu stellen.

Dem gemeinen Rechte waren nach der Rezeption abstrakte Schuldverträge fremd.[3] Man nahm hiernach an, eine sog. cautio indiscreta, d. h. der Schuldschein, in welchem der Bestimmungsgrund der Verpflichtung nicht angegeben sei, entbehre der Beweiskraft. Nur im Kreise der Kaufleute erzeugte der Wechsel eine Geldschuld unabhängig von ihrer causa.

Dies hat sich in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts sehr geändert, da man seitdem die Rücksicht auf Verkehr und Kredit und möglichst rasche Betreibbarkeit der Schuldversprechen vorzugsweise betonte.

Der Wechsel und damit das abstrakte Versprechen wurde infolge der deutschen Wechselordnung Nichtkaufleuten zugänglich.

Das Buch von Bähr „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund“.[4] entwickelte und rechtfertigte eine in der deutschen Praxis angebahnte Gewohnheit, wonach Schuldscheine und Anerkenntnisse abstrakte Verpflichtungen erzeugen konnten, so daß sie ohne Beziehung auf ihren Bestimmungsgrund klagbar wurden.

Auch im Gebiete des preußischen Rechts verschloß man sich dem nicht. Daher erachtete man namentlich den Anerkennungsvertrag auf Grund einer Abrechnung als rechtsverbindlich.[5] Damit war selbstver-

---

3) Das ältere deutsche Recht forderte die Darlegung des Schuldgrundes in der Schuldklage nicht.

4) Erste Auflage 1855, dritte Auflage 1895.

5) R.O.H.G. Bd. 4 S. 73, Bd. 16 S. 126; R.G. Bd. 2 S. 388, Bd. 26 S. 77; Jur. Woch. 1895 S. 304 n. 41, 1896 S. 113 n. 57; Gruchot Bd. 39 S. 910

ständlich dem Anerkennenden die Einrede, daß die zugrunde liegenden Geschäfte nichtig seien, z. B. Differenzgeschäfte bildeten, keineswegs abgeschnitten.[6] [7]

§ 89. Fälle abstrakter Verbindlichkeiten im heutigen Recht.

I. Die vollendetste abstrakte Obligation ist die Wechselforderung; dem Wechsel ist die abstrakte Verbindlichkeit wesentlich; nur ein abstraktes Summenversprechen kann einen Wechsel bilden.

II. Verpflichtungsscheine welche Kaufleute über Geld, andere vertretbare Sachen, Wertpapiere jeder Art unabhängig von einer Gegenleistung ausstellen, ferner Anweisungen auf Kaufleute über jene Gegenstände können nach H.G.B. §§ 363 und 364 abstrakte Natur haben. Dies nicht bloß, wenn der Schein auf Order gestellt ist, sondern auch wenn er ein Rektapapier bildet.

Wesentlich ist dem kaufmännischen Verpflichtungsschein[1] die abstrakte Natur nicht, er kann auch kausal, z. B. bezüglich geschuldeter Kaufgelder, ausgestellt sein. In beiden Fällen ist er, sofern er an Order lautet, indossabel, so daß dem Indossatar Einreden aus der Person seines Rechtsvorgängers nicht entgegenstehen.[2]

III. Auch Schuldverschreibungen auf den Inhaber können abstrakte Verbindlichkeiten begründen. Dies ist bei weitem das häufigste. Sie können aber auch die Verpflichtung von dem ihr unterliegenden Bestimmungsgrund in der Urkunde abhängig machen, B.G.B. § 796.

---

bis 940, S. 375 Bd. 42 S. 925; Jurist.Monatsschr. f. Posen, Ost- u. Westpr. 1898 S. 25 u. S. 83.

6) Gruchot Bd. 36 S. 994.

7) Der code civil art. 1108, 1131 ff., 1137 kennt zwar abstrakte Schuldversprechen nicht; dennoch haben sie sich in der französischen Praxis eingebürgert.

1) Nach § 344 H.G.B. gelten die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus der Urkunde das Gegenteil ergibt. Der Begriff des Schuldscheins in dieser Vorschrift umfaßt alle Urkunden, die ein Verpflichtungsbekenntnis enthalten, möge ein Schuldgrund angegeben sein oder nicht. R.G. v. 4. Juli 1901 Jur.Woch. 1901 S. 576 n. 14. Auch die von einem Kaufmann ausgestellten Bürgschaftsurkunden R.G. v. 30. November 1905 Jur.Woch. 1906 S. 87.

2) R.G. Bd. 13 S. 92, Bd. 14 S. 101. — Über das Schuldversprechen auf Leistung an Dritte und Einwendungen aus dem Schuldgrunde vgl. Hellwig Verträge a. Leistg. a. Dritte S. 270 ff.

3) E. I § 683; Mot. Bd. 2 S. 687.

IV. Nach B.G.B. können Schuldversprechen § 780[3], und Schuldanerkenntnisse, § 781, selbständig Verpflichtungen begründen.[4]

Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse unterscheiden sich nicht in ihrem Wesen, sondern nur im Ausdruck. Sachlich macht es keinen Unterschied, ob man sagt: Ich verspreche dir 100 Mark zu zahlen, oder ich bekenne, dir 100 Mark schuldig zu sein.

1. Notwendig ist, daß die Beteiligten eine selbständige Verpflichtung begründen wollten, und daß diese Absicht aus ihrer Erklärung unter Berücksichtigung der Umstände zu entnehmen ist.[5]

Ein deutliches Zeichen für diesen Willen kann man darin erblicken, daß sich die Beteiligten in ihrer Erklärung nicht auf einen Bestimmungsgrund beziehen, z. B. der Unterzeichnete verpflichtet sich hiermit, dem A. 1000 Mark am 1. April 1900 zu zahlen, oder erkennt an, 1000 Mark, zahlbar am 1. April 1900, dem A. zu schulden, oder auch, er erkennt an, dem A. 1000 Mark zu schulden, und verpflichtet sich, diesen Betrag dem A. am 1. April zu zahlen. [Aber entscheidend ist auch dies nicht.]

Im Verkehr liebt man aber nicht in solcher Weise zu stilisieren, vielmehr gibt man in den meisten Fällen im Schuldschein einen Bestimmungsgrund an,[6] nicht in der Absicht, hiervon die Verpflichtung abhängig zu machen, und nicht zu dem Zweck, damit den wahren Grund der Schuld zu bezeichnen, sondern als eine Floskel, so daß man sie

---

4) Oertmann, Das abstrakte Geschäft im B.G.B.; Allgemeine österr. Gerichts-Zeitung 1897 S. 252; Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 141. Vgl. ferner die in Anm. 1 zu § 88 oben Angeführten sowie Planck Anm. 1 § 780 mit ausführl. Literatur- und Judikaturnachweis.

5) Vgl. R.G. v. 1. Juni 1906 Jur.Woch. 1906 S. 463, auch bei Seuffert Archiv Bd. 61 Nr. 244. Kläger muß im Streitfalle beweisen, daß das von ihm behauptete Anerkenntnis in der Absicht gegeben sei, einen selbständigen Verpflichtungsgrund gegenüber dem früher vorhandenen Rechtsgeschäft zu begründen. O.L.G. Bamberg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 50. Die Behauptung der Klage, Kläger habe auch die eingeklagte Forderung wiederholt anerkannt, legt noch kein selbständiges Anerkenntnis dar. Obst.L.G. München v. 26. Mai 1898 D.Jur.Ztg. 1898 S. 495, vgl. das. 1900 S. 256. [Wer eine fremde Schuld zu zahlen verspricht, gibt kein abstraktes Schuldversprechen ab, sondern übernimmt die Schuld des andern, sowie sie bei diesem bestand. Bayr. Obst.L.G. bei Seuffert Archiv 60 Nr. 142. Unrichtig O.L.G. Hamburg in Seuffert Bd. 62 Nr. 178, daß die kumulative Schuldübernahme ein abstraktes Schuldversprechen sei.]

6) In solchem Falle sprechen die Motive Bd. 2 S. 688 von einem relativ abstrakten Schuldversprechen; vgl. Bayr. Obst.L.G. v. 6. November 1903 Recht 1903 S. 605 und Sammlung, s. Entsch. Bd. 4 S. 774 ff., insbes. S. 781.

nicht selten gerade zu dem Zwecke braucht, den wahren Hergang zu verhüllen. [Niemals ist das Schuldversprechen ein abstraktes, wenn es nur die eine Verpflichtung aus einem gegenseitgen Vertrag enthält. Denn hier ist diese Verpflichtung von der Verpflichtung des andern abhängig, §§ 320—322.[7]]

Geschieht die Angabe des Verpflichtungsgrundes bloß in allgemeinen Redensarten, z. B. ich erkenne an, „aus Darlehen" oder „zur Schadloshaltung" zu schulden, so ist an dem Willen nicht zu zweifeln, daß das Schuldversprechen von dem Verpflichtungsgrunde unabhängig sein sollte.

Wenn aber das dem Versprechen zugrunde liegende Geschäft *speziell angegeben wird*,[8] z. B. ich schulde dem A. 100 Mark als Kaufpreis für das mir gestern verkaufte und übergebene Pferd, so wird keineswegs ohne weiteres ein abstraktes Schuldversprechen anzunehmen sein, dem Aussteller steht also die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags zur Seite.[9] Allerdings kann sich aber aus der Fassung eine andere Absicht ergeben, z. B. durch Vertrag vom 20. Januar 1900 habe ich von A. zwei Pferde für den Preis von 1000 Mark gekauft und mich verpflichtet, hiervon je 500 Mark am 1. April und 1. Oktober 1900 dem A. zu zahlen; „ich erkenne hiermit an, daß ich die ersten 500 Mark am 1. April 1900 zu zahlen habe."[10] Die besondere Hervorhebung der ersten Schuldrate legt hier nahe, daß das Anerkenntnis zu dem Zweck erfolgte, dem A. die Möglichkeit zu geben, es als ein abstraktes sofort zu verwerten. Doch entscheiden die Umstände des Falles.

2. Das selbständige Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis ist gesetzlich nicht auf vertretbare Sachen beschränkt.[11] Es kann sich auch auf andere Gegenstände beziehen, z. B. Unterzeichneter erkennt an, daß

---

7) R.G. v. 1. Juni 1906 Seuff.Arch. Bd. 61 Nr. 244.

8) E. I § 683 hob dies besonders hervor. Vgl. Kammerg. in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1901 S. 101.

9) Collatz a. a. O. S. 128 meint, nach E. I § 683 könne es scheinen, als ob die vollständige Angabe des Verpflichtungsgrundes das Schuldversprechen ungültig machen solle. Es sei aber nicht abzusehen, warum die Erklärung, welche den Schuldgrund speziell angebe, eine andere Bedeutung haben solle als diejenige, welche dies generell tue. Es liegt doch auf der Hand, daß die Absicht, eine vom Schuldgrund unabhängige Verpflichtung zu begründen, im letzteren Falle nicht ohne weiteres hervortritt.

10) Beispiel von Goldmann und Lilienthal.

11) Vgl. Planck Anm. 1 b zu § 780 und dort Angef.

er sein Rennpferd X. dem A. zu liefern hat.[12] Da es jedoch nicht verkehrsüblich ist, abstrakte Verbindlichkeiten solcher Art zu übernehmen, so darf eine hierauf gehende Absicht im Zweifel nicht angenommen werden.

3. Die selbständige Verpflichtung durch Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis verlangt *schriftliche Erklärung* seitens des Schuldners, während die Annahme formlos, z. B. durch Entgegennahme der Schuldurkunde geschehen kann. Jedoch ist

a) Schriftlichkeit des Schuldversprechens oder des Schuldanerkenntnisses nicht erforderlich, wenn es auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleichs erfolgte, § 782.

Ein Abrechnungsvertrag ist gegeben, wenn aus verschiedenen Schuldposten ein Passivsaldo ermittelt wird, welchen der Schuldner anerkennt oder zu zahlen verspricht.[13]

b) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse eines Vollkaufmanns unterliegen der Schriftlichkeit nicht, H.G.B. §§ 350, 351.

4. Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine besondere Form vorgeschrieben, so bedarf die Anerkennung dieser Form. Der Vertrag z. B., durch welchen man anerkennt, zur Übertragung eines Grundstücks verpflichtet zu sein, fordert, um eine selbständige Verpflichtung zu erzeugen, gerichtliche oder notarielle Form, § 313.[14]

---

12) Nach O.L.G. Rostock v. 10. Juli 1903 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 41 kann auch die Erfüllungsübernahme im Sinne des § 329 Gegenstand eines abstrakten Schuldversprechens sein, vgl. R.G. Bd. 58 S. 201.

13) [Die Formerleichterung greift nicht nur dann, wenn auf beiden Seiten Forderungen und Schulden, sondern auch dann Platz, wenn nur auf der einen Seite Schulden vorhanden sind. Im kleinen bürgerlichen Verkehr spricht man auch in diesem Falle von Abrechnung, so auch Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 46 S. 1 ff., Rümelin Archiv f. ziv. Praxis Bd. 98 S. 191 ff.] Wenn auch das Anerkenntnis des Saldos aus einer laufenden Rechnung ein abstraktes Rechtsgeschäft ist und demgemäß einen selbständigen Klagegrund gewährt, so ist doch angenommen, daß die Vereinbarung eines bestimmten Erfüllungsortes für die einzelnen Geschäfte auch für die Forderung des anerkannten Saldos zu gelten habe. O.L.G. Dresden vom 22. Juni 1901 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 432. Vgl. jedoch R.G. Sächs.Arch. Bd. 4 S. 501; Jur.Woch. 1894 S. 422 n. 5. — [Vgl. auch R.G. v. 4. Januar 1905 Jur.Woch. 1905 S. 186: Danach hat die Feststellung und Anerkennung des Saldos eine doppelte Bedeutung: 1. die eines Anerkenntnisses des gefundenen Saldos als einer Schuld und 2. die einer vertragsmäßigen Aufrechnung der Einzelposten. Zwar macht das Anerkenntnis eine an sich ungültige Schuld nicht gültig, wohl aber tilgt die Aufrechnung die zwar klaglose, jedoch erfüllungsfähige Verbindlichkeit. Vgl. dazu Planck Anm. 4 b zu § 782 mit Judikatur.]

14) [S. hierüber Rümelin Arch. f. ziv. Praxis 98 S. 179 ff.]

V. Eine abstrakte Schuldverpflichtung übernimmt der Angewiesene durch schriftlichen Vermerk der Annahme auf der Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger, § 784.

§ 90. Die abstrakte Obligation und ihr Grundverhältnis.

I. Häufig liegt der abstrakten Obligation eine bereits erwachsene Verpflichtung desjenigen, welcher sie übernimmt, zugrunde, z. B. eine Kaufgelderschuld. Diese Verpflichtung wird keineswegs, wie später näher auszuführen ist, im Zweifel durch die Übernahme der selbständigen Verbindlichkeit aufgehoben, vielmehr konkurrieren in der Regel beide Verpflichtungen bis zur vollständigen Erfüllung.

Wird jedoch die selbständige Verpflichtung nach einer Abrechnung durch Anerkenntnis des Ergebnisses begründet, so enthält es zugleich ein sogenanntes negatives Anerkenntnis, daß das Schuldverhältnis nicht weiter besteht, so daß die zugrunde liegenden Verbindlichkeiten nicht in höherem Betrage geltend gemacht werden können.

II. Die abstrakte Verbindlichkeit hat ausschließlich den Zweck — vom Wechsel und indossabeln Papieren anderer Art sehen wir ab — ein Mittel zu geben, um das wahre Recht in bequemster und raschester Weise zur Geltung zu bringen.

Zu diesem Zwecke gewährt sie einen neuen Klagegrund einfachster Art und schneidet sie Einwendungen ab.[1] Natürlich bringt dies aber die Gefahr mit sich, daß ein in der Tat Nichtberechtigter die abstrakte Verbindlichkeit mißbraucht, um sich zu verschaffen, was ihm nicht gebührt.

Diesem Mißbrauche begegnet der Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung § 812 Abs. 2. Dieser kann im Wege der Klage oder der Einrede, vgl. § 821, geltend gemacht werden. Allerdings aber ist die Folge, daß der Schuldner seinerseits darzutun und zu beweisen hat, daß ein Fall ungerechtfertigter Bereicherung vorliegt.[2] Diesen Nachteil, aber nur diesen, nimmt der Schuldner auf

---

1) Ist zunächst aus einem Schuldanerkenntnis geklagt, so liegt Klageänderung vor, wenn der Kläger später auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis zurückgreift. O.L.G. Dresden in Sächs.Arch. Bd. 12 S. 499. [Vgl. dazu Rümelin a. a. O. Bd. 97 S. 348; die Klageänderung wird jedoch in der Mehrzahl der Fälle gemäß Z.P.O. § 264 zuzulassen sein. Planck Anm. 3 b zu § 780.]

2) O.L.G. Colmar im Recht 1905, 17; Rechtspr. d. O.L.G. (Dresden) 6, 454; R.G. Jur.Woch. 1906, 351. Planck Anm. 3 a zu § 780.

sich, wenn er eine abstrakte Verbindlichkeit eingeht, welcher der rechtfertigende Grund fehlt.

III. Die Verweisung auf die Zurückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung tritt nur insoweit ein, als es sich um Einwendungen handelt, welche dem Verzicht des Schuldners unterliegen. Zwingende Rechtsvorschriften dagegen verlieren dadurch ihre Wirkung nicht, daß die Verpflichtung, welche sie ausschließen oder beschränken, in die Gestalt einer abstrakten Verbindlichkeit gekleidet wird. Dies bewährt sich

1. darin, daß nach § 518 ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis, welches schenkweise erteilt wird, gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf, nicht anders wie das gewöhnliche Schenkungsversprechen.

Es ist nicht gefordert, daß der Zweck der Schenkung im schriftlichen Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis hervorgehoben ist.[3] Dies wird vielmehr für die Regel nicht der Fall sein. Aber es muß dem Richter bewiesen werden, daß es sich um eine Schenkung handelt, und zwar ist es vom Schuldner klarzustellen, wenn es zweifelhaft und streitig ist.

2. Eine zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld, insbesondere auch eines Differenzgeschäfts abgegebene verselbständigte Verbindlichkeit entbehrt, wie § 762 hervorhebt, ebenso der Klagbarkeit wie das zugrunde liegende Spielgeschäft.

Natürlich muß auch dies für den Richter feststehen. Ist dies nicht der Fall, so liegt der Beweis dem Schuldner ob.

3. Folgerecht ist auch der Ehemaklerlohn nach § 656 klaglos, trotzdem er in der Gestalt einer selbständigen Verbindlichkeit versprochen wurde.

4. Ebenso ist es zweifellos, daß ein zum Zweck einer Vertragsstrafe erteiltes, wenn auch seinem Wortlaut nach unbedingtes Schuldversprechen nach § 343 der richterlichen Ermäßigung unterliegt, wie dies auch — § 655 — bei einem in solcher Gestalt versprochenen un-

---

3) Das Gegenteil behauptet Collatz a. a. O. S. 145. Er will dritte redliche Erwerber solcher Schuldversprechen geschützt haben. Diesen Schutz haben sie, wenn sie einen Wechsel oder ein anderes indossables Papier erwerben. Im Falle einer Zession unterliegen sie den Einreden aus der Person des Zedenten, B.G.B. § 404.

verhältnismäßig hohen Maklerlohn für Vermittlung eines Dienstvertrags der Fall ist.

5. Ein gegen die guten Sitten verstoßendes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ist gemäß § 138 nichtig.

Dies ist unzweifelhaft dann anzunehmen, wenn der Verstoß gegen die guten Sitten aus dem Schuldscheine selbst hervorgeht, wenn z. B. in ihm ausdrücklich erklärt wird, daß für den Verrat militärischer Geheimnisse oder so lange ein ehebrecherisches Verhältnis dauert, eine Summe zu zahlen ist.

Dasselbe muß aber gelten, wenn, wie dies natürlich in der Regel der Fall sein wird, der unsittliche Bestimmungsgrund im Schuldscheine nicht hervorgehoben ist. Denn die Frage, ob ein Geschäft sittlich oder unsittlich ist, kann von diesem zufälligen und rein äußerlichen Umstande nicht abhängig sein.

Allerdings stimmt hiermit § 817 nicht, denn hier wird gegenüber einem Schuldversprechen, welches gegen die guten Sitten verstößt, nur ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zugestanden.

Da aber § 817 im Widerspruch mit § 138 steht, so ist die letztere, als die prinzipielle und innerlich allein gerechtfertigte Vorschrift als maßgebend zu erachten.[4]

Viertes Kapitel.

Gegenseitige Verträge.

I. Ihre Natur im allgemeinen.

§ 91. Unvollkommene und vollkommene gegenseitige Verträge.

I. Die Obligation ist in ihrer einfachsten Gestalt eine einseitige, d. h. sie berechtigt nur den einen und verbindet nur den anderen Teil.

Einseitig sind Deliktsobligationen und diesen verwandte Verbindlichkeiten, sowie die aus ungerechtfertigter Bereicherung erwachsenden Verpflichtungen.

---

4) [Anderer Ansicht Planck S. 858 unter Berufung auf R.G. v. 21. April 1906 Jur.Woch. 1906 S. 383, Entsch. Bd. 63 S. 179, s. dort die einschlägige Literatur; Oertmann a. a. O. S. 255 sowie Anm. 2 b zu § 781; Collatz S. 141. Dagegen Lotmar, Der unmoralische Vertrag S. 63, im wesentlichen übereinstimmend auch Staub Exkurs zu § 346 Anm. 5, 21 und 22 und Anm. 14 zu § 350.]

Auch manche Schuldvertäge verbinden einseitg, z. B. Darlehnsschulden, Verbürgungen, Schenkungsversprechen. Einseitg ist die Schuld aus dem Wechsel.

II. Meist begründen Schuldverträge gegenseittige Verpflichtungen, so daß jeder Teil zugleich Gläubiger und Schuldner wird.

Die Gegenseitigkeit ist eine unvollkommene oder vollkommene.

1. Aus unvollkommen gegenseitigen Verträgen entspringt eine Hauptverbindlichkeit des einen Teils; an sie kann sich die Gegenverpflichtung des andern Vertragsteils anschließen. Die Hauptverbindlichkeit dient vorzugsweise dem Zwecke des Geschäfts, §§ 662, 669.

Ausdruck fand dies Verhältnis im römischen Aktionenrecht, indem man dem Hauptberechtigten, z. B. dem Mandanten, eine actio directa, dem sekundär Berechtigten, z. B. dem Mandatar, eine actio contraria gewährte.

2. Vollkommene gegenseitige Verpflichtungen dienen beide in gleicher Weise dem Zwecke des Geschäfts. Sie entspringen aus gegenseitigen — sog. synallagmatischen — Verträgen, insbesondere Kauf-, Tausch-, Miet-, Dienstverträgen, Werkverdingung.

Nur Geschäfte dieser Art bezeichnet das B.G.B. als gegenseitige und unterwirft sie den Vorschriften der §§ 320 bis 327.[1]

Die aus einem Gemeinschaftsverhältnis entspringenden Verbindlichkeiten sind entsprechend zu behandeln.

§ 92. Das Wesen der zweiseitigen Geschäfte.[1]

I. Das Wesen des zweiseitgen Geschäfts liegt vor allem darin, daß aus demselben Vertrage gegenseitige[2] Verbindlichkeiten hervorgehen.

---

1) Abänderungen dieser Vorschriften enthält das Reichsgef. über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901; ferner preuß. Ausf.Gef. z. B.G.B. Art. 15 § 7, wonach für den Leibgedingvertrag die §§ 325 Abf. 2, 326 B.G.B. ausgeschlossen werden.

1) [Für neueres Recht vgl. die Werke über Unmöglichkeit, Kisch S. 1 bis 8, Kleineidam S. 127 ff.; ferner die Kommentare z. H.G.B. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 21 ff. Staub S. 1270 ff. Ferner Krahmer, Gegenseitige Verträge 1904; Reutner, Rechtl. Natur der gegenseitigen Verträge im B.G.B. 1899. Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 249 ff., Bd. 41 S. 330 ff.]

2) [D. h. Leistung und Gegenleistung sollen zwischen denselben Personen ausgetauscht werden, s. dazu R.G. 65, 47 und 66, 425, und die Leistung versprochen sein, weil die Gegenleistung versprochen ist. — Ausschluß der Einrede gegenüber Ansprüchen auf Altenteilsleistungen. R.G. in Seufferts Archiv 61 n. 37.]

Hieraus ergibt sich, daß, falls zur Zeit des Vertragsschlusses die eine der Leistungen unmöglich ist, auch eine Gegenverpflichtung nicht entsteht. War z. B. das verkaufte Pferd zur Zeit der Abschließung des Kaufvertrags bereits zugrunde gegangen, so entsteht keine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des bedungenen Kaufpreises.[3]

War ferner die Leistung der einen Partei ohne Wissen der andern zur Zeit des Vertragsschlusses teilweise unmöglich, z. B. das verkaufte Haus teilweise abgebrannt, so kommt das Kaufgeschäft nicht zustande, der Käufer schuldet also den Kaufpreis nicht. Ist freilich anzunehmen, daß das Geschäft auch abgeschlossen worden wäre, wenn der Käufer den Zustand des Hauses gekannt hätte, so ist das Geschäft teilweise gültig, § 139; der Kaufpreis vermindert sich dann verhältnismäßig.[4]

Hat freilich die Partei, welche die unmögliche Leistung versprach, gewußt oder wissen müssen, daß dies der Fall war, so haftet sie dem beschädigten anderen Teile nach Maßgabe des § 307 für den durch **culpa in contrahendo** entstandenen Schaden.

II. Die Rechtsgeschichte zeigt eine zwiefache Behandlung der gegenseitigen Verbindlichkeiten.

Die eine geht von der Selbständigkeit der beiderseitigen Verbindlichkeiten aus. Hiernach danken sie zwar demselben Vertrag ihre Entstehung, Verbindlichkeit wird gegen Verbindlichkeit ausgetauscht; einmal entstanden, ist aber jede der Gegenverpflichtungen von der anderen unabhängig und selbständig.

Dagegen gelten nach einer anderen Auffassung die Gegenverpflichtungen dauernd als zusammengehörende Bestandteile eines einheitlichen Schuldverhältnisses. Man hat dies so ausgedrückt, daß Forderungen und Gegenforderungen miteinander verwachsen seien, wie Glieder eines Leibes.[5]

---

3) L. 15 pr. D. de contr. emt. 18, 1.

4) Vgl. l. 57 pr. D. de contr. 18, 1. Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus . . nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse. Neratius ait multum interesse, quanta pars domus consumpta sit quanta permaneat. Gewiß! nur ob gerade die Hälfte stehen geblieben ist, wie der Schlußsatz der Stelle besagt, kann nicht entscheiden. Leicht möglich, daß der Käufer, welcher das Haus nicht aus Spekulation erwarb, es auch wenn es zum geringeren Teil ruiniert war, nicht erworben hätte, und denkbar, daß der Käufer, welcher das Haus für einen Neubau zum Abbruch kaufte, auch das völlig ruinierte Haus erworben hätte.

5) Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 151.

Unbedingt durchführen läßt sich keine dieser Auffassungen. Mag man auf dem einen oder dem anderen Standpunkte stehen, so sind Konzessionen an den entgegengesetzten unvermeidlich.

III. Das römische Recht[6] stattete grundsätzlich die Gegenforderungen mit voller Selbständigkeit aus; jeder der Vertragschließenden hatte eine selbständige Klage auf die bedungene Leistung. Der Untergang der Gegenverpflichtung nach Perfektion des Geschäfts durch Zufall zog die Aufhebung der Verpflichtung des andern Teils in der Regel nicht nach sich. Immerhin wurde, wer vertagswidrig aus dem zweiseitigen Geschäfte seinerseits nicht erfüllte, durch **exeptio non adimpleti contractus** zurückgewiesen, falls er vom anderen Teil Erfüllung einklagte.

IV. Die neueren Gesetzgebungen, insbesondere das A.L.R. und der **code civil**, beruhen auf dem Gedanken dauernder Zusammengehörigkeit der Gegenforderungen.

Das B.G.B. steht in der Mitte zwischen dem System des römischen Rechts und der neueren Gesetzgebungen.

Einerseits sind die Ansprüche der Beteiligten als selbständige gestaltet. Sie begründen Klagen, die unabhängig von den gegnerischen Ansprüchen und nicht durch diese bedingt sind. Nur aus Billigkeit erwächst gegen sie die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, auf Grund deren der Beklagte zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen ist.

Daher wird auch die Verjährung der Ansprüche durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht gehemmt, § 202 Abs. 2. Wäre der Ansprch durch die Gegenleistung bedingt, so wäre dies nicht folgerecht.

Andererseits ist aber Beendigung der Verbindlichkeit des einen Teils Folge der Unmöglichkeit der Leistung des andern Teils. Dies ist offenbar aus der Vorstellung dauernder Zusammengehörigkeit der Verpflichtungen hervorgegangen. Auch die Ordnung der Verzugsfolgen bei zweiseitigen Verbindlichkeiten beruht auf dieser Annahme.

II. Die Klage aus gegenseitigen Verträgen.

§ 93. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.[1]

I. Aus der Zusammengehörigkeit der Gegenverpflichtungen zog das A.L.R. I, 5 § 271 die Konsequenz für die Klage. Danach verlangte es

---

6) Dernburg, Kompensation 2. Aufl. S. 63; Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 540.

1) André, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages 1890; Stammler a. a. O. S. 100; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 249, Bd. 41 S. 330

zur Begründung der Klage auf Leistung aus dem zweiseitigen Geschäft die Anführung, daß Kläger seinerseits erfüllt habe oder nur Erfüllung Zug um Zug verlange, oder daß dem Beklagten Vorleistung obliege. Eine Klage ohne diese Anführungen galt als unschlüssig und ein Versäumnisurteil konnte auf Grund einer solchen Klage nicht erlassen werden.

Im gemeinen Rechte war diese Behandlung der Frage gleichfalls in der Praxis vielfach vertreten, ohne jedoch, da sie dem römischen Rechte nicht entsprach, allgemein durchdringen zu können.[2]

II. Das B.G.B. hat die Auffassung des A.L.R. verworfen. Kläger kann aus dem gegenseitgen Vertrag auf die ihm geschuldete Leistung klagen, ohne der ihm obliegenden Gegenleistung zu gedenken. Es ist Sache des Beklagten, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorzuschützen, § 320 Abs. 1,[3] § 322 Abs. 1.

Hat also Kläger, ohne in der Klage seiner noch rückständigen Gegenleistung zu gedenken, Verurteilung des Beklagten auf Leistung aus dem zweiseitgen Vertrage beantragt und verteidigt sich der Beklagte nicht, so wird er durch Versäumnisurteil zur Leistung unbedingt verurteilt. Er mag dann in selbständiger Klage die ihm geschuldete Gegenleistung verlangen.

III. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist der Einrede der Zurückbehaltung verwandt, sie kann als eine Art jener Einrede bezeichnet werden.[4] Jedenfalls gehört sie wie diese zu den verzögerlichen Einreden. Sie unterscheidet sich aber von anderen Einreden dieser Art wesentlich.

1. Vor allem führt sie nicht zur Abweisung der Klage, bewirkt vielmehr wie die Einrede des Zurückbehaltungsrechts Verurteilung Zug um Zug, § 322 Abs. 1.[5] Dabei ist die Gegenleistung genau zu

---

Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis, Franz Leonhard, die Beweislast 1904 S. 370 ff.

2) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 20 Anm. 4 und dort Angef.

3) E. I §§ 362 ff.; Mot. Bd. 2 S. 200 ff.

4) Vgl. oben § 57. Eine Verschiedenheit liegt darin, daß das Zurückbehaltungsrecht durch Sicherstellung ausgeschlossen werden kann, § 273 Abs. 3, nicht aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. [Ferner wirkt diese Einrede im Gegensatze zum Zurückbehaltungsrecht des § 273 (nach K.O. § 17) auch im Konkurse, aber sie setzt einen einheitlichen Rechtsgrund für Klage und Einrede voraus. Literatur hierzu bei Staudinger zu § 320 Anm. 2 a. Aber auch zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags berechtigt nicht jede, vielleicht geringfügige Vertragsverletzung von der anderen Seite. R.G. 68 S. 17 ff.]

5) Über die Zwangsvollstreckung aus Urteilen auf Leistungen Zug um Zug vgl. Neumann in Jur.Woch. 1901 S. 740; Flechtheim in Buschs Ztschr. Bd. 28 S. 262 und die Kommentare z. Z.P.O.

bezeichnen, gegen welche die Verurteilung erfolgen soll. Vgl. Z.P.O. § 253 Abs. 2 und § 139.

2. Ganz eigenartig ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags darin, daß der Beklagte die Tatsachen, auf welche sie sich stützt, *nicht zu beweisen hat.*[6] Vielmehr hat Kläger nach ihrem Vorschützen — wie man sagt replicando — zu behaupten und im Streitfall zu beweisen, entweder

a) daß Beklagter nach der Natur des Geschäfts oder besonderer Parteivereinbarung vorleisten muß, oder

b) daß Kläger seinerseits vollständig erfüllt hat, oder auch

c) daß er nur eine mindere Leistung schuldet als Beklagter beansprucht.

IV. Bezüglich der Einrede ist noch hervorzuheben:

1. Sie steht dem Beklagten auch zu, wenn die Gegenleistung ganz oder teilweise anderen Personen obliegt als dem Beklagten.

Hat daher die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden, § 320 Abs. 1 Satz 2.[7]

2. Annahmeverzug des Beklagten nimmt ihm nicht das Recht, die Einrede vorzuschützen.[8]

3. Sollte der Beklagte, wie Kläger dartut, *vorleisten*, so greift zwar die Einrede des nicht erfüllten Vertrags *nicht* ein, § 320 Abs. 1 Satz 1. Aber der Beklagte hat eine Einrede, wenn in den Vermögensverhältnissen desjenigen, welcher die Gegenleistung zu machen hat, eine die Erfüllung gefährdende wesentliche Verschlechterung eingetreten ist, § 321.

---

6) Ausdrücklich ist dies im B.G.B. nicht ausgesprochen, dennoch zweifellos. Nach gemeinem Rechte war gleiches allgemein anerkannt. E. I § 360 stellte den Satz ausdrücklich auf; man strich die Bestimmung nur, weil man sie für selbstverständlich erachtete; vgl. auch Oertmann § 320 Ziff. 2. Es wird eben bei zweiseitigen Geschäften davon ausgegangen, daß sie in der Regel Zug um Zug zu erfüllen sind, daher in der Regel auch nur Zug um Zug erfüllt werden. Die Einrede des Mangels der *Rechtsverschaffung* hat aber Beklagter zu beweisen, § 442, siehe unten beim Kauf.

7) [Haben also drei Personen für 150 Mark drei Zentner einer Ware gekauft und die solidarische Haftung ausgeschlossen, und hat einer von ihnen gegen Zahlung von 50 Mark auf Lieferung von einem Zentner geklagt, so kann der Beklagte die Lieferung selbst dieses einen Zentners von der Zahlung der 150 Mark abhängig machen. S. darüber Engelmann-Kober bei Staudinger zu § 320 Anm. 3.]

8) Nur auf die Prozeßkosten kann der Annahmeverzug Einfluß haben. André S. 140.

Dieser Einwand wird nicht bloß durch Bewirkung der Gegenleistung, sondern auch durch Sicherstellung beseitigt.[9] [10] [11]

4. Hat der Kläger, was der Beklagte darzutun hat, vorzuleisten, so ist er abzuweisen. Verurteilung zur Leistung Zug um Zug kann er in diesem Falle nicht verlangen.

Trotz der Vorleistungspflicht des Klägers kann aber nicht Abweisung erfolgen, wenn der Kläger Annahmeverzug des Beklagten beweist. Dann hat vielmehr Verurteilung auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung Zug um Zug zu geschehen.

---

9) Beweist der Beklagte, daß der Kläger vorzuleisten hat, so muß, falls Kläger die Vorleistung nicht beweisen kann, in der Regel Abweisung erfolgen. Kann Kläger beweisen, daß sich Beklagter bezüglich der von ihm angebotenen Vorleistung im Verzuge befindet, so erfolgt Verurteilung auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung, § 322 Abs. 2 B.G.B.

10) Vgl. Nissen in Jur.Wochenschr. 1903 S. 361; Fritze in Kohlers Arch. Bd. 17 S. 20; Silberschmidt in Seufferts Bl. f. Rechtsanwdg. 1902 S. 149. Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 451; Türk bei Gruchot Bd. 43 S. 549.

11) Das B.G.B. kennt keinen allgemeinen Grundsatz, wonach die nachträglich eintretende Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Vertragsgegners für den andern Teil besondere Befugnisse begründet. Die Vorschrift des § 321, wie die des § 610 B.G.B., enthält eine Ausnahme, welche analoge Anwendung nicht gestattet. (Vgl. O.L.G. Hamburg vom 8. Oktober 1901 und 28. Januar 1902 in Rechtspr. der O.L.G. Bd. 4 S. 12 und S. 222. R.G. in Jur.Woch. 1905 S. 181, Entsch. Bd. 65 S. 192.) Im Falle des § 321 wird vorausgesetzt, daß die gefährdende Verschlechterung der Vermögenslage nach Vertragsabschluß eingetreten ist, wenn auch andererseits zur Zeit des Vertragsabschlusses eine nicht gerade günstige Vermögenslage vorgelegen zu haben braucht. (Vgl. O.L.G. Köln v. 22. Febr. 1902 in Puchelts Ztschr. Bd. 33 S. 363.) [§ 321 greift auch dann Platz, wenn der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses insolvent war, hinterher jedoch in Konkurs geraten ist. Denn vor der Konkurseröffnung ist der Schuldner immerhin imstande, seine Lage zu verbessern, nach der Konkurseröffnung ist er es nicht mehr (R.G. v. 12. November 1904 Recht 1905 S. 77).] War die die Gegenleistung gefährdende Vermögenslage bereits beim Vertragsabschluß vorhanden, so kann der Gegner, der erst später hiervon Kenntnis erhält, zwar ein Recht aus § 321 nicht herleiten; jedoch kann hier eine Anfechtung wegen Irrtums oder Betrugs in Frage kommen. (Entschdg. des R.G. Bd. 50 S. 255; O.L.G. Dresden in Sächs. Annalen Bd. 22 S. 247.) — Ob eine gefahrdrohende Vermögenslage vorliegt, ist nach dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Vorleistung zu prüfen. — Sind die Rechte aus dem zweiseitigen Vertrag abgetreten, während die Verpflichtungen bei dem Zedenten verblieben sind, so kommt es auf die Vermögenslage des Zedenten an (R.G. v. 8. April 1902 in Entscheidungen d. R.G. Bd. 51 S. 170). — Der § 321 gewährt dem Verkäufer nicht das aktive Recht, bei nachträglich eingetretener Vermögensverschlechterung des Käufers auf Zahlung des Kaufpreises gegen Abnahme der Ware oder auf Abnahme der Ware gegen Gewährung einer Sicherheit zu klagen. Der Verkäufer erlangt vielmehr nur ein Recht, die Erfüllung bis zur Zahlung des Kaufpreises oder der Sicherheitsleistung zu verweigern und kann nur, wenn der Käufer auf Leistung der Ware klagt, hierauf eine Einrede stützen. So

§ 94. Einrede der unzulänglichen Erfüllung.[1]

I. Besonders häufig schützt der aus einem zweiseitgen Geschäfte Belangte vor, daß Kläger in ungenügender Weise erfüllt habe, sei es, daß die Leistung eine unvollständige gewesen, oder daß eine andere als die vertragsmäßige Leistung gemacht worden sei, oder daß das Geleistete mangelhaft sei.

In derartigen Fällen pflegt man von der Einrede der unzulänglichen Erfüllung — **exceptio non rite adimpleti contractus** — zu sprechen.

II. Wurde vom Kläger Erfüllung angeboten, diese aber vom Beklagten, weil nicht vollständig oder sonst nicht vertragsmäßig, zurückgewiesen, so ist nicht erfüllt. Er handelt sich dann schlechthin um die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Die geringste Unvollständigkeit, der geringfügigste Mangel der angebotenen Leistung berechtigt in diesem Falle den Beklagten zur Zurückbehaltung der vollen Gegenleistung, bis ihm das Gebührende vertragsgemäß angeboten wird.

Dagegen erhält die Einrede eine besondere Natur, wenn der Beklagte die Erfüllung als vertragsmäßige angenommen hat und sich dann auf ihre Unzulänglichkeit beruft, um die Gegenleistung zurückzuhalten. Dies gilt

1. bezüglich der Beweislast; hat nämlich der Beklagte die Leistung als eine vertragsgemäße angenommen, so liegt ihm der Beweis ob, daß sie unzulänglich war, § 363.[2]

---

kann sich freilich ein recht ungünstiger Schwebezustand ergeben. Der Verkäufer bleibt an den Vertrag gebunden, kann ihn aber seinerseits nicht zur wirtschaftlichen Erledigung bringen. Ein Rücktrittsrecht gewährt § 321 B.G.B. nicht, doch wird zunächst zu prüfen sein, ob ein Rücktrittsrecht stillschweigend von den Parteien vereinbart ist, wobei § 157 B.G.B. und bei Kaufleuten § 346 H.G.B. zu berücksichtigen ist. Das O.L.G. Hamburg fügt hinzu, daß derjenige dolos handele, der weder Sicherheit leiste noch Erfüllung Zug um Zug anbiete, während er gleichwohl den andern am Vertrage festhalten will. Vgl. R.G. Entschdg. Bd. 50 S. 255; O.L.G. Hamburg v. 14. Okt. 1902 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 44; R.G. v. 21. Nov. 1902 Jur.Woch. 1903 Beilg. 1 S. 6. Vergleiche auch R.G. v. 16. Dezember 1904 Sächs. Arch. f. Rechtspfl. Bd. 1 S. 33.

1) Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 249: Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Vertragsverhältnis.

2) Vgl. das Nähere unten § 115.

2. Wurde seitens des Klägers teilweise geleistet,[3] [4] so darf ihm nach § 320 Abs. 2 die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils gegen Treu und Glauben verstoßen würde.[5]

Dasselbe muß wegen Gleichheit des Grundes auch für den Fall fehlerhafter Leistung gelten, deren Mangel sich erst nach der Annahme herausstellt. Dies entspricht der bisherigen Rechtsübung[6] und der Rücksicht auf Treu und Glauben.[7]

III. Stellen sich nach der Übergabe der Kaufsache an ihr verborgene Mängel heraus, so hat der Käufer

a) in der Regel nur Ansprüche auf Wandlung oder auf Minderung des Kaufpreises, § 462. Die Einreden, welche er hierauf stützt, sind durchaus verschieden von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

Ist sein Recht auf Wandlung begründet und diese vollzogen, so kann der Kaufpreis nicht mehr beansprucht werden; hat er das Recht auf Minderung des Kaufpreises, so mindert sich das Recht des Verkäufers.

In diesen Fällen ist eine Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags nicht begründet.

b) Der Käufer hat wegen verborgener Mängel oder fehlender Eigenschaften in bestimmten Fällen noch andere Ansprüche gegen den Verkäufer.

---

3) Läßt die teilweise Annahme auf Einverständnis in eine Teilung des Schuldverhältnisses schließen, so kann selbstverständlich der Empfänger die Zahlung des entsprechenden Betrags nicht verweigern, Oertmann § 320 Ziff. 7 n. a.

4) Nur auf teilweise Leistung bezieht sich § 320 Abs. 2. Hat der Verkäufer unvollständig oder mangelhaft die ihm obliegende Vorleistung angeboten, so besteht im allgemeinen eine Verpflichtung zur Annahme nicht. Dies folgt aus § 266. Immerhin kann der Mangel der angebotenen Leistung so geringfügig sein, daß die Ablehnung gegen § 242 verstoßen würde. Die Ablehnung der Auflassung würde nicht gerechtfertigt werden können mit der Begründung, daß eine Fensterscheibe des Hauses zerbrochen sei.

5) Diese Vorschrift enthält einen Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes des § 242. Ähnliche Bestimmungen finden sich in §§ 459 Abs. 1 Satz 2, 634 Abs. 3.

6) R.O.H.G. Bd. 6 S. 102, Bd. 13 S. 352; R.G. Bd. 4 S. 198.

7) Die entgegengesetzte Ansicht von Cosack Bd. 1 § 86 beruht auf unzulänglicher Wortauslegung. Zu demselben Ergebnisse wie unser Text kommen Planck Anm. 4 zu § 320, Oertmann § 320 Anm. 7 b, Staudinger Anm. 6 zu § 320 und Schollmeyer Bemerk. 3 zu § 320 und andere.

Denn er kann nach § 463 wegen fehlender versprochener Eigenschaften und arglistigen Verschweigens von Fehlern Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Ferner kann der Käufer im Falle des Gattungskaufs statt Wandlung oder Minderung Nachlieferung einer mangelfreien Sache, unter gewissen Voraussetzungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, § 480.

Der Käufer, welcher sich für diese Ansprüche entscheidet, hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrags.

III. Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen.

§ 95. Unmöglichkeit der Leistung seitens des einen Teiles.

Einleitung.

I. Der Einfluß einer nach dem Vertagsschluß für den einen Teil eintretenden Unmöglichkeit der Leistung[1] auf die Gegenleistung ist nach den verschiedenen Rechten verschieden.

1. Das römische und gemeine Recht kannte in dieser Hinsicht keine für alle gegenseitigen Verträge durchgreifenden Regeln.

Beim Kauf galt der Grundsatz periculum est emtoris.[2] Hiernach hatte der Käufer den Kaufpreis zu bezahlen, wenn die Kaufsache nach Perfektion des Kaufvertrags zufälligerweise untergegangen war. Entsprechendes war für andere entgeltliche Sachleistungen Rechtens. Es lag hierin eine Folge der Selbständigkeit gegenseitiger Obligationen. Aber vollständig ließ sie sich nicht durchführen. Vor allem nicht bei den Mietverträgen. Der Mieter war von der Zahlung des Mietzinses frei, wenn ihm die Mietsache infolge Zufalls während der Mietzeit nicht weiter gewährt werden konnte — periculum est locatoris.[3] Nicht anders war es bei der Dienstmiete.[4]

2. Das A.L.R. I, 5 § 364 brach dagegen grundsätzlich mit dem römischen Recht und stellte den allgemeinen Satz auf, daß bei gegenseitigen Verträgen die nach dem Vertragsschluß eintretende Unmöglichkeit der Erfüllung auf der einen Seite die Aufhebung des Vertrags auch für den andern Teil zur Folge hat.

II. Das B.G.B. §§ 323 ff. folgt dem A.L.R. grundsätzlich. Es stellt allgemeine Regeln für die gegenseitigen Verträge auf, mag es sich

---

1) Oder Unvermögen des Verpflichteten zur Leistung. Über Unmöglichkeit der Erfüllung siehe oben §§ 60 ff.
2) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 96 und dort Angef.
3) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 112 Anm. 23.
4) R.G. Bd. 3 S. 179.

um Kauf-, Tauschvertrag, Miete, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag oder ein anderes gegenseitiges Geschäft handeln, so jedoch, daß für einzelne Verträge noch besondere, vorwiegend auf den allgemeinen ruhende Vorschriften getroffen sind.[5]

Der Grundgedanke ist, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung der einen Verpflichtung auch die Gegenverpflichtung beendet.

Dies gilt schlechthin, wenn *keiner* der Vertragschließenden die Unmöglichkeit *zu vertreten hat*. Wir bezeichnen diesen Fall als *reinen Zufall*. Hat einer der Vertragschließenden die Unmöglichkeit zu vertreten, so treten erhebliche Modifikationen ein.

§ 96. Unmöglichkeit der Leistung seitens des einen Teiles nach B.G.B.

I. Wird die einem der Vertragschließenden obliegende Leistung durch reinen Zufall betroffen,[1] so ist zu unterscheiden, ob er völlige oder nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung bewirkt.

1. *Völlige Unmöglichkeit* liegt vor, wenn die Leistung *im Sinne des Vertrags* vollständig unerfüllbar ist. Brennt z. B. das verkaufte Haus derart ab, daß nur noch Ruinen stehen, so ist die Leistung des Verkäufers völlig unmöglich, obgleich der Bauplatz übrig ist und übereignet werden könnte. Denn einen Bauplatz wollte der Käufer [wenigstens in der Regel] nicht erwerben.

Im Falle völliger Unmöglichkeit der Leistung durch reinen Zufall erlischt der Anspruch auf die Gegenleißung vollständig, § 323 Abs. 1[2] erster Satzteil.

2. Ist die Leistung *teilweise unmöglich* geworden, so *mindert sich die Gegenleistung verhältnismäßig*,

---

5) Z. B. § 446 für den Kauf, § 515 für den Tausch, § 537 für die Sachenmiete, § 644 für den Werkvertrag, § 33 des Reichsges. v. 19. Juni 1901 für den Verlagsvertrag — beim Erbschaftskauf trägt gemäß § 2380 der Käufer vom Abschluß des Vertrags an die Gefahr des zufälligen Untergangs.

1) § 323 Abs. 1 Satz 1 bestimmt: „Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung." [Wer sich für die Befreiung von seiner Verpflichtung auf § 323 beruft, hat nur zu beweisen, daß die Gegenleistung unmöglich geworden sei, obwohl dies dem Wortlaute des Gesetzes nicht entspricht. Ebenso Planck Anm. 1 zu § 323, Staudinger zu § 323 Anm. 6.] Es ergibt sich auch hier wieder, daß die Beweislast vorzugsweise nach inneren Gründen zu regeln ist und keineswegs schlechthin von der Fassung abhängt, welche das Gesetz seinen materiellrechtlichen Bestimmungen gegeben hat.

2) E. I § 368; Mot. Bd. 2 S. 205; Kom.Prot. Bd. 1 S. 638.

§ 323 Abs. 1 zweiter Satzteil. Ist also z. B. ein Teil des verkauften Hauses nach Abschluß des Kaufvertrags vor der Erfüllung abgebrannt, so wird der Kaufpreis um so viel niedriger als das Haus durch den Unfall weniger wert ist.

Der Berechtigte muß sich im Falle teilweiser Unmöglichkeit teilweise Erfüllung gefallen lassen ohne Rücksicht darauf, ob sie für ihn noch Interesse hat. Objektiv muß sie freilich einen Wert haben, sonst liegt völlige Unmöglichkeit vor.[3]

Die Schätzung des Wertes der übriggebliebenen Leistung und damit das Maß der Minderung der Gegenleistung wird oft nicht leicht sein. Die Schwierigkeit wird aber nicht dadurch gemindert, daß das B.G.B. hierfür seine Vorschriften in den §§ 472 und 473 über Preisminderung im Falle verborgener Fehler als maßgebend erklärt. Hiernach soll nämlich die Zeit des Vertragsabschlusses zugrunde gelegt werden und der damalige Unterschied des Wertes der unbeschädigten und der beschädigten Sache die Minderung der Gegenleistung bestimmen. Offenbar wird die Schätzung durch die Verweisung auf eine möglicherweise bereits entfernte Vergangenheit und die Beziehung auf das, was die Beteiligten damals gemeint hatten, erschwert.

Die Schwierigkeiten wachsen, wenn die Gegenleistung nicht in Geld besteht, z. B. Dienste gegen Dienste, ein Wohnrecht gegen Dienste bedungen war.

In derartigen Fällen wird man anzunehmen haben, daß die Gegenleistung vollständig zu entrichten ist und die infolge des Zufalls unvollständige Leistung durch Vergütung in Geld ergänzt werden muß, um das Gleichgewicht herzustellen.[4]

3. War die nach den gedachten Vorschriften nicht geschuldete Gegen-

---

3) Rehbein B.G.B. II S. 186 führt aus, es seien teils die Grundsätze von der Gewährleistung §§ 459, 463, 537 ff. in Betracht zu ziehen, teils auch der Gesichtspunkt, daß nach § 242 teilweise Unmöglichkeit der Leistung der völligen Unmöglichkeit gleichstehe, wenn die teilweise Leistung nicht Leistung zum Teil, sondern Nichtleistung sei. So brauche der Käufer das durch Zufall lahm gewordene Pferd nicht zu nehmen, der Mieter die teilweise ausgebrannte Wohnung nicht zu beziehen.

4) Beispiel: Ein Landgut ist gegen ein Haus vertauscht. Durch Naturereignisse wird nach Abschluß des Geschäfts, aber vor der Übergabe der auf dem Landgute stehende Wald vernichtet. Dann ist der Wert des Landguts zur Zeit des Vertragsabschlusses mit (50 000 Mark) und ohne Wald (45 000 Mark) festzustellen. Da das Landgut $^1/_{10}$ weniger wert geworden ist, so kann der Erwerber als Ersatz des vernichteten Waldes $^1/_{10}$ des Werts des Hauses zur Zeit des Vertragsabschlusses beanspruchen.

leistung bereits bewirkt, als die völlige oder teilweise Unmöglichkeit der Leistung eintrat, so entstehen weitere Verwicklungen.

Laut § 323 Abs. 3 ist dann das Geleistete nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückzugewähren.[5] Es erwächst also eine Kondiktion wegen Wegfalls des sprünglichen Grundes der Leistung — ob causam finitam — § 812 Abs. 1 Satz 2. Die Verpflichtung zur Rückerstattung des Geleisteten fällt dabei weg, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist, § 818 Abs. 3, abgesehen natürlich von Rechtshängigkeit oder bösem Glauben. Die Anwendung auf unseren Fall kann hart sein.

Hat z. B. A. sein Pferd lieferbar nach dem Manöver an B. verkauft und eine Anzahlung erhalten, die verloren ging, so hat er dem B. nichts zurückzugeben, wenn das Pferd vor der Übergabe zufälligerweise fällt.[6]

Noch weniger erwünscht ist, daß der Mieter den praenumerando gezahlten Mietzins, welcher beim Vermieter zugrunde ging, nicht zurückerhalten soll, wenn die Mietssache zufälligerweise nicht gewährt werden kann, z. B. infolge ihrer Zerstörung durch Wassersnot oder Erdbeben während der Mietsperiode, für die vorausgezahlt war.

4. Wenn der Vertragsteil, welchem die Leistung unmöglich wird, infolge des den Unfall verursachenden Ereignisses Ersatz oder Ersatzansprüche erlangt, so ist dies dem Gegenteile nach § 281 herauszugeben oder abzutreten.

Dafür liegt ihm zwar die vertragsmäßige Gegenleistung ob, aber sie mindert sich soweit, als der Wert des ihm zugewendeten Ersatzes hinter dem der ursprünglich geschuldeten Leistung zurückbleibt, § 323 Abs. 2. Auch dies soll nach den Vorschriften der §§ 472 und 473 bemessen werden.

5. Das B.G.B. enthält keine ausdrückliche Vorschrift darüber, daß der frei werdende Teil dem Gegner den Eintritt der Unmöglichkeit un-

---

5) [Ein Beispiel R.G. 63, 423 ff.: Es war eine Teilhypothek abgetreten, aber der Brief nicht übergeben; diese Leistung war unmöglich geworden, weil das belastete Grundstück zugeschlagen und damit die Hypothek aufgehoben war.] Eine etwaige Draufgabe ist zurückzugeben, § 837 Abs. 2 B.G.B.

6) Ist dies auch der Fall, wenn A. die Anzahlung verspielt hat?, wie wir in der früheren Auflage annahmen. Dagegen wohl mit Recht Rehbein B.G.B. Bd. II S. 184 „Ein Fortfall der Bereicherung, den der Empfänger verschuldet hat, kann ihn nicht liberieren." Der Nachweis, daß das Geld mit dem Mietshause verbrannt ist, oder der Kaufpreis dem Händler geraubt ist, würde freilich eine Befreiung begründen.

verzüglich anzuzeigen hat. Dennoch wird man mit der Rechtsprechung[7] eine solche Anzeigepflicht anerkennen müssen, welche ihre Grundlage in dem das Rechtsverhältnis beherrschenden Grundsatze von Treu und Glauben findet.

II. Die Unmöglichkeit der Leistung kann durch Verschulden des Gläubigers dieser Leistung verursacht oder sonst von ihm zu vertreten sein. Der Käufer eines Pferdes z. B. hat dieses bei einer Probe vor der Übergabe zuschanden geritten, oder der Dienstherr hat seinen Diener so schwer beschädigt, daß er dienstunfähig wird, oder der Mieter hat das Abbrennen der Mietwohnung verschuldet.[8]

Der schuldfreie Teil wird von der Verpflichtung zur Leistung befreit, soweit sie unmöglich geworden ist, und behält dennoch den vollen Anspruch auf die Gegenleistung, § 324 Abs. 1 Satz 1.

Jedoch muß er sich nach § 324 Abs. 1 Satz 2 auf sie anrechnen lassen:[9]

a) was er infolge seiner Befreiung an Aufwendungen erspart,

b) was er durch anderweite Verwendung seiner Arbeitskraft erlangt hat,

c) was er zu erwerben böswillig unterläßt.

Auch Faulheit und grobe Nachlässigkeit in Aufsuchung von Arbeitsgelegenheit ist hier böswillig,[10] weil gegen Treu und Glauben.

Der Grundsatz des § 281 findet auch im Falle des § 324 Anwendung. Hat also der Käufer trotz des Unterganges des Pferdes den Kaufpreis zu zahlen, so kann er doch einen Ersatz oder Ersatzanspruch aus etwaiger Versicherung beanspruchen.[11]

III. Verschuldet der Schuldner der Leistung deren

---

7) O.L.G. Hamburg in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 8.

8) [Z. B. der Verkäufer kann dem Käufer das Eigentum des Kaufgegenstandes nicht verschaffen, weil dieser gepfändet und versteigert worden ist wegen Mietsforderungen, die vertragsmäßig der Käufer zu bezahlen, aber nicht bezahlt hat. R.G. 66, 344.]

9) Vgl. §§ 615, 649 B.G.B., ferner für den Frachtvertrag §§ 578, 580 H.G.B.

10) Ähnlich Planck Anm. 2 zu § 324. [Böswillig ist ein Handeln, welches nur die Schädigung des andern bezwecken kann. S. Kohler, Lehrb. II S. 30 unter 3. Bloße Nachlässigkeit gehört nicht hierher.]

11) Vgl. Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse Anm. 2 und Planck Anm. 3 zu § 324; Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruche, München 1907.

Unmöglichkeit oder hat er sie sonst zu vertreten,[12] so ist wieder völlige und teilweise Unmöglichkeit zu unterscheiden.

1. Bei völliger Unmöglichkeit kann der schuldfreie Vertragsteil entweder Schadensersatz wegen der Nichterfüllung verlangen — beziehungsweise Herausgabe des vom andern Teile gewonnenen Ersatzes oder Ersatzanspruchs — oder vom Geschäft zurücktreten,[13] § 325 Abs. 1 Satz 1. Auf den Rücktritt finden die §§ 346 bis 355 Anwendung, § 327.

Der Schadensersatz steht an Stelle der Erfüllung. Der Vertrag bleibt also im übrigen bestehen, und es liegt dem Beschädigten daher die Gegenleistung ob, welche Zug um Zug zu geschehen hat. Beiderseitige Geldschulden werden sich bis zum entsprechenden Betrag aufrechnen.[14]

2. Mannigfach sind die Rechte des schuldfreien Teils ausgestattet, wenn die ihm gebührende Leistung durch Verschulden des zur Leistung Verpflichteten teilweise unmöglich geworden ist.

a) Hat die teilweise Erfüllung für den schuldfreien Teil kein Interesse, so kann er von ihr abstehend Schadensersatz wegen völliger Nichterfüllung fordern, § 325 Abs. 1 Satz 2 erster Satzteil.

b) Er kann aber auch in solchem Fall ohne weiteres von dem ganzen Vertrage zurücktreten, § 325 Abs. 1 Satz 2 zweiter Satzteil.

c) Hiervon abgesehen, kann der schuldfreie Teil Minderung seiner Gegenleistung nach Maßgabe dessen, was von der Leistung des schuldigen Vertragsteils möglich geblieben ist, beanspruchen, § 325 Abs. 1 Satz 3 unter Verweisung auf § 323 mit Beziehung auf §§ 472 und 473.

IV. Hat der Gläubiger ein rechtskräftiges Urteil auf Leistung erlangt, so kann er dem Schuldner eine angemessene Frist zur Leistung mit der Erklärung setzen, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung

---

12) [Das ist z. B. der Fall, wenn in dem umseitig Anm. 8 erzählten Beispiele der Verkäufer die Mietsforderung zu bezahlen hatte.]

13) Kann der schuldfreie Vertragsteil, nachdem er Schadensersatz gewählt und dies dem Gegner erklärt hat, später noch zurücktreten? Rehbein, Bd. 2 S. 189 bejaht die Frage, da der Rücktritt ein minus sei gegenüber dem Erfüllungsanspruch. Ist der Rücktritt erklärt, so will auch Rehbein einen Schadensersatzanspruch nicht mehr gewähren. Zwar liegt keine alternative Obligation vor, sondern in Ansehung des Rücktritts eine facultas alternativa. Dennoch ist die einmal bewirkte Erklärung als bindend zu erachten. Die Frage ist bestritten, vgl. Planck zu § 325 unter 2; Schollmeyer zu § 325 unter 5; Windscheid-Kipp Pand. Bd. 2 § 321; R.G. vom 19. Dezember 1905 Recht 1906 S. 292 und Holdh. Monatsschr. Bd. 1906 S. 75.

14) Übereinstimmend Planck Anm. 1 a zu § 325; teilweise abweichend: Staudinger Anm. 1 a zu § 325. Über die Berechnung des zu leistenden Schadensersatzes s. unten § 98 V.

ablehne. Ist die Frist fruchtlos verstrichen, so wird nunmehr die Leistung als unmöglich angesehen, und zwar infolge eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat, §§ 325 Abs. 2, 283. Dem Schuldner ist aber doch noch der Gegenbeweis offengelassen, daß ihm die nachträgliche Erfüllung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden sei, § 283 Abs. 1 Satz 3. Einen solchen Beweis wird freilich der Schuldner höchst selten zu führen in der Lage sein, da er der Regel nach sich im Verzuge befinden wird und für den Zufall gemäß § 287 einzustehen hat.

Eine Ausnahme enthält § 454 Abs. 2. Wenn der Käufer trotz seiner rechtskräftigen Verurteilung innerhalb der ihm gesetzten Frist den Kaufpreis nicht geleistet hat, so kann der Verkäufer den Rücktritt vom Vertrage wählen und die Ware zurückfordern, § 325 Abs. 1 Satz 1. Dieses Rücktrittsrecht ist aber für den Fall ausgeschlossen, daß der Verkäufer seinerseits vollständig erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat.

IV. Leistungsverzug im Falle gegenseitiger Verträge.

§ 97. Die Rechtsentwicklung bezüglich des Leistungsverzugs.

I. Nach römischem und gemeinem Rechte konnte der Vertragschließende bei gegenseitigen Verträgen, wenn der andere Teil im Verzuge war, von ihm nur *Erfüllung* und Schadensersatz wegen *Verspätung der Erfüllung* beanspruchen.[1] Nur dann hatte er ein *Rücktrittsrecht*, wenn er es sich besonders vertragsmäßig *vorbehalten* hatte. Dies kam beim Verkaufe häufig vor, so daß sich der Verkäufer durch lex commissoria das Recht der Aufhebung des Kaufvertrags für den Fall nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises vorbehielt.[2]

Bei Mietsverträgen hatte der Mieter ohne weiteres das Rücktrittsrecht, wenn ihm der Vermieter die gemietete Sache[3] oder die gemieteten Dienste nicht rechtzeitig gewährte. Dies ergab sich zwingend aus dem wirtschaftlichen Zwecke solcher Geschäfte.

II. Vereinzelte Spuren eines Rücktritsrechts des Verkäufers, auch wenn es nicht besonders vorbehalten war, finden sich für den Fall nicht

---

1) L. 8 C. de a. emti 4, 49.

2) Der Verkäufer bedang sich bei Zufügung einer lex commissoria häufig ein dreifaches Wahlrecht, ähnlich wie jetzt nach B.G.B. § 326; l. 4 § 3 D. de lege comm. 18, 3, l. 6 § 2 D. de c. e. 18, 1.

3) L. 24 § 4 D. locati 19, 2.

rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises in alten deutschen Stadtrechten.[4] Aber erst in der neueren Gesetzgebung erhielt es allgemeine Anerkennung.

Nach A.L.R. I, 5 § 393 war dies noch nicht der Fall.[5] Zwar hatte man bei der Beratung vorgeschlagen, dem nichtsäumigen Teile den Rücktritt offen zu stellen, verwarf dies aber später grundsätzlich und verstattete ihn — von der Miete abgesehen — nur in beschränkter Weise.

Der code civil art. 1184 brach eine neue Bahn. Denn darnach soll sich die Auflösungsklausel bei allen synallagmatischen Verträgen für den Fall des Erfüllungsverzugs des andern Teils von selbst verstehen; immerhin muß die Auflösung des Vertrags bei Gericht klagweise nachgesucht werden, das Gericht kann dem Beklagten eine Nachfrist zur Erfüllung gewähren.

III. Diese Bestimmung ging in den preußischen Entwurf des alten H.G.B. Art. 250 über. Bei den Nürnberger Kommissionsberatungen erhielt zwar der Grundgedanke Annahme, erlitt aber wesentliche Umbildungen. Vor allem trat an die Stelle der Auflösungsklage ein Rücktrittsrecht. Nicht das Gericht hat also auf Vertragsaufhebung zu erkennen, vielmehr die nichtsäumige Partei den Rücktritt zu erklären.[6]

Und zwar gab man im Art. 355 dem Käufer, wenn der Verkäufer im Verzuge war, ein dreifaches Wahlrecht. Er sollte nämlich

1. das Recht auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder
2. das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung an Stelle der Erfüllung, oder
3. das Recht auf Rücktrit haben. Nach Art. 356 mußte der Kontrahent, welcher eine der beiden letzten Alternativen wählen wollte, dies dem andern Teile anzeigen und ihm, wenn dies der Zweck des Geschäfts zuließ, eine angemessne Nachfrist zur Erfüllung gewähren. Bei Firgeschäften traf Art. 357 schärfere Bestimmungen. Ein ähnliches dreifaches Wahlrecht hatte auch der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug und die Ware noch nicht übergeben war, Art. 354.

---

4) Stobbe-Lehmann, Deutsches P.R. Bd. 3 S. 302.

5) Das Grundprinzip des A.L.R. enthält § 393 I, 5. Ausnahmen hiervon finden sich in §§ 229, 230 I, 11 (Kauf), § 408 I, 5 (Verträge über Handlungen), § 273 I, 21 (Miete), § 655 I, 11 (Darlehen).

6) Vgl. über die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen Anschütz und Völderndorff H.G.B. Bd. 3 zu Art. 354, über das Einzelne des H.G.B. Staub, Kommentar zum alten H.G.B. Art. 354 ff.

§ 98. Der Leistungsverzug bei gegenseitigen Verträgen nach B.G.B.

I. Das B.G.B. § 326 verallgemeinert die Vorschriften des alten H.G.B. Es gibt dem nichtsäumigen Teile bei allen gegenseitigen Verträgen das dreifache Recht entweder auf Erfüllung und Schadensersatz wegen Verzögerung oder auf Schadensersatz statt der Erfüllung oder auf Rücktritt vom Geschäfte.[1,2]

II. Das Recht auf Erfüllung erwächst mit der Fälligkeit der Verpflichtung, dasjenige auf das Zögerungsinteresse ist die gewöhnliche Folge des Verzugs. Diese Rechte treten also ohne weiteres ein; sie bestehen bis der Berechtigte sie aufgibt. Dies kann mittels der Fristsetzung des § 326 geschehen.

Unter Umständen liegt die Aufgabe des Anspruchs auf Erfüllung auch darin, daß der Berechtigte längere Zeit die Erfüllung nicht verlangt, so daß es Treu und Glauben widerspricht, wenn er auf sie unter veränderten Verhältnissen zurückkommen will.[3]

---

1) Vgl. Cosack, Bürgerl. R. Bd. I § 123, wo die einschlagenden Grundsätze mit Beziehung auf den Verkauf dargestellt sind. Auch wir werden beim Kaufe auf einzelne Punkte zurückkommen, wo sie sich konkreter darstellen lassen. — Über Schadensersatz und Schadensberechnung vgl. Adler in Holdheims Ztschr. 1897 S. 106; Kaufmann in D.Jur.Ztg. 1899 S. 152; Götte das. 1899 S. 399; Oswalt das. 1899 S. 213; Broh das. 1901 S. 234; Förtsch das. 1902 S. 64; Kisch in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 68; Leo in Hanseat. Ger.Ztg. 1900 Beilg. n. 2; Schöller bei Gruchot Bd. 44 S. 603, Bd. 45 S. 511, Bd. 46 S. 1 u. 253. — Über Fristsetzung vgl. Teutsch in Seufferts Bl. f. Rechtsanwdg. 1901 S. 485; Romeick in D.Jur.Ztg. 1901 S. 493; Riedner das. S. 443; Staub das. S. 478; Simonson das. 1902 S. 121; Brückmann das. 1902 S. 220; Hangen, das. 1903 S. 49; Rosenberg in Jur. Monatsschr. f. P. 1902 S. 37; Erler in Das Recht 1901 S. 421; Bossen in Das Recht 1902 S. 124 über Abnahme beim Handelskauf; Samulon in Jur. Monatsschr. f. P. 1902 S. 54 über Annahmeverzug; Staffel in Arch. f. zivil. Prax. Bd. 92 S. 467. Zur Erläuterung der §§ 325, 326 B.G.B.; Sohm in Goldschmidts Ztschr. Bd. 53 Heft 1 und 2 der Selbsthilfeverkauf nach B.G.B. und H.G.B.; Romeick, Zur Technik des B.G.B. 1901.

2) Zwar hat § 326 B.G.B., führt das R.G. aus, in erster Linie den Fall im Auge, daß die zu bewirkende Leistung sich als eine festbestimmte darstellt. Dadurch wird aber nicht seine Anwendbarkeit auf Fälle ausgeschlossen, in denen der Leistungspflicht zwar eine gewisse Unbestimmtheit anhaftet, es aber lediglich vom Willen des Schuldners abhängt, durch eine seinerseits vorzunehmende Handlung oder abzugebende Erklärung die Leistung zu einer bestimmten zu machen. Wie im Fall des § 326 B.G.B. unzweifelhaft bei Wahlschulden §§ 262 ff. Platz greifen, obgleich hier der Leistungsinhalt ebenfalls erst nachträglich — durch die Ausübung des Wahlrechts des Schuldners — Bestimmtheit erlangt, so muß ein Gleiches auch dann gelten, wenn der Schuldner die an sich ziffermäßig bestimmte Leistung um den Betrag der ihm zustehenden Gegenforderungen kürzen darf. R.G. v. 6. Juli 1901 in Jur.Woch. 1901 S. 647; vgl. R.G. Entsch. Bd. 49 S. 38; Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 224.

3) Dies gilt namentlich im Handelsverkehr, R.O.H.G. Bd. 23 S. 85,

III. Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktrittsrecht erwächst dem nichtsäumigen Teile [4] [5] in doppelter Weise.

a) Einmal durch Setzung einer angemessenen Nachfrist unter Ablehnung der Erfüllung bei Nichteinhaltung der Frist, § 326 Abs. 1.

b) Ferner falls die Leistung infolge der Verzögerung ohne Interesse für ihn ist, worunter verstanden wird, daß die Ausführung des Geschäfts in seiner Ganzheit ihm keinen Vorteil mehr bietet, § 326 Abs. 2. [6]

IV. Das Gesetz verlangt im § 326 Abs. 1, daß der nichtsäumige Teil, wenn er nicht die einfache, sondern die in den meisten Fällen unerwartete Folge ziehen, d. h. Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt will, dem Säumigen zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist — Nachfrist — mit der Erklärung bestimme, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne.

Dies läßt manche Zweifel offen, für deren Lösung vorzugsweise die bisherige handelsrechtliche Rechtsprechung maßgebend sein muß.

---

doch ist es hierauf nicht zu beschränken; vgl. auch Staudinger Anm. I c zu § 326.

4) Streitig ist geworden, ob der § 326 sich auf den Abnahmeverzug oder Annahmeverzug, sofern dieser allein vorliegt, bezieht, und zwar insbesondere dann, wenn der Gegenkontrahent, wie bei dem Kaufe nach § 433 Abs. 2, ein klagbares Recht auf Abnahme hat. § 326 setzt voraus, daß der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung im Verzug ist. Mit Rücksicht auf die weitgreifenden Folgen des § 326 wird nicht angenommen werden können, daß jeder Verzug in irgend welchen Nebenverpflichtungen die Anwendung der Vorschrift begründe. Nur die Nichterfüllung einer Hauptleistung kann dem Gläubiger das Recht auf Schadensersatz oder Rücktritt geben. Der Annahmeverzug wird aber der Regel nach sich nicht als eine Hauptleistung darstellen, wenn auch zuzugeben ist, daß ausnahmsweise nach Lage des einzelnen Falles anderes anzunehmen ist. R.G. v. 9. Dez. 1902 in R.G. 53 S. 161, vom 23. Febr. 1904 Bd. 57 S. 110, sowie vom 11. Juli 1905; Holdh. Monatsschr. 1905 S. 284 und vom 22. Sept. 1905; D.Jur.Ztg. 1905 S. 1062; O.L.G. Stuttgart in D.Jur.Ztg. 1902 S. 584; O.L.G. Breslau in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 183; Staub, Exkurs zu § 374 H.G.B. Anderer Ansicht Düringer-Hachenburg, Kommentar z. H.G.B. III S. 108 ff.; O.L.G. Posen Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 33; O.L.G. Hamburg das. Bd. 4 S. 223; O.L.G. Marienwerder das. Bd. 6 S. 50; vgl. Planck Anm. 2 b mit Literatur.

5) Ist der Anspruch auf die Leistung abgetreten, so greift § 326 B.G.B. Platz, wenn dem Zessionar gegenüber der Schuldner in Verzug kommt. Will jedoch der Zessionar den Rücktritt erklären, so bedarf er hierzu der Zustimmung des Zedenten dann, wenn der Rücktritt Wirkungen auf die Rechtslage des Zedenten ausübt, vgl. R.G. v. 21. Oktober 1903 Bd. 55 S. 402.

6) Cosack a. a. O. bemerkt: Ob der Säumige voraussehen konnte, daß die verspätete Lieferung für den anderen Teil ohne Interesse ist, ist unerheblich, für den Schadensersatz aber kann § 254 Abs. 2 von Bedeutung sein. — Freilich kann auch der bloße Rücktritt des Nichtsäumigen für den Säumigen unerwarteten, großen Schaden bringen.

1. Die wichtigste Frage nach dem alten Handelsgesetzbuche war: genügt die Ablehnung der Erfüllung auch ohne Bestimmung einer Nachfrist dann, wenn der säumige Teil, nachdem ihm das Abstehen von der Erfüllung, seitens des Nichtsäumigen mitgeteilt ist, weiter noch die zur Erfüllung angemessne Zeit verstreichen läßt, ohne sie zu leisten? Die Rechtsprechung hat dies bejaht, trotzdem der Wortlaut des früheren H.G.B. Art. 354 eine Stütze hierfür nicht bot. Sie wurde hierzu vorzugsweise durch innere Gründe bestimmt, welche eine entgegengesetzte Behandlung als wenig zweckmäßig erscheinen lassen.[7] Dieselben Gründe treffen für eine entsprechende Behandlung des § 326 zu, und sie werden dadurch verstärkt, daß sich eine feste Praxis für die Anwendung des Handelsgesetzbuchs gebildet hatte und nicht anzunehmen ist, daß das B.G.B. sich in diesem Punkte mit der bisherigen Rechtsbildung in Widerspruch setzen wollte.[8]

Noch weniger kann eine Fristsetzung für erforderlich erachtet werden, wenn der in Verzug geratene Schuldner von vornherein die Erfüllungsweigerung ernstlich dem Gläubiger erklärt hat. Der Zweck der Nachfrist ist, dem säumigen Schuldner die nachträgliche Erfüllung zu ermöglichen. Die Bestimmung der Frist wäre gegenüber der bereits erklärten Erfüllungsweigerung sinnlos. Die Nachfrist würde in solchem

---

7) R.O.H.G. Bd. 8 S. 127, Bd. 9 S. 126, Bd. 12 S. 62; R.G. Bd. 1 S. 241, Bd. 7 S. 79; Gruchot Bd. 33 S. 1045. Das R.O.H.G. a. a. O. Bd. 8 hebt hervor: „Aus der Gegenansicht folge a) daß auch dann eine Fristsetzung zu verlangen sei, wenn der säumige Teil die Erfüllung verweigert habe, b) daß nach derselben folgerecht eine angemessene Frist gesetzt sein müsse. Würde z. B. in einem Falle, in welchem nach richterlichem Ermessen eine 14tägige Frist angemessen wäre, der Nichtsäumige eine 8tägige gesetzt, aber 3 Wochen gewartet haben, ehe er von seinem Rechte Gebrauch machte, so würde die Fristsetzung vergeblich sein, obgleich der Säumige sich fortdauernd bloß passiv verhielt, c) auch würde es nicht genügen, daß eine unbestimmte Frist gesetzt werde, ja die Dauer der Frist müßte eine ausdrückliche sein; es würde nicht genügen, daß die Absicht des Nichtsäumigen hinsichtlich der Dauer der Frist anderweit erkennbar sei. Die notwendigen Konsequenzen der formalen Auffassung der Bestimmung würden mit ihrem Grundgedanken nicht stimmen."

8) So Cosack a. a. O., auch R.G. v. 16. Dez. 1903 in Entsch. Bd. 56 S. 234. [Gegen die Möglichkeit einer Berufung auf die frühere handelsrechtliche Rechtsprechung Staub, Komm. Exkurs zu § 374: weil in dem früheren Artikel 356 nicht bestimmt gewesen sei, „der nichtsäumige Kontrahent müsse dem Säumigen eine Frist bestimmen", wie dies jetzt § 326 B.G.B. vorschreibe, sondern jener Artikel habe lediglich verlangt, der Nichtsäumige müsse dem Säumigen die Wahl anzeigen und ihm dabei eine Nachfrist „gewähren". Es kommt jedoch auf die Wortfassung nicht an, sachlich besteht Übereinstimmung. Vgl. auch O.L.G. Hamburg in Hans.Ger.Ztg. 1904 Hauptbl. S. 82.]

Falle dem Schuldner keinen Vorteil, dem Gläubiger durch unnütze Verzögerung seiner Ansprüche nur Nachteil bringen. Deshalb hat die neuere Rechtsprechung der höheren Gerichte überwiegend die Fristbestimmung bei ernstlicher Erfüllungsweigerung des in Verzug geratenen Schuldners für entbehrlich erachtet.[9]

2. Von dem eingenommenen Standpunkt aus erledigen sich auch die Zweifel für den Fall, daß die seitens des Nichtsäumigen gesetzte Nachfrist unbestimmt oder unangemessen kurz war. Es genügt also, daß nach Empfang der Erklärung eine zur Erfüllung ausreichende Zeit unbenutzt verstrichen ist.[10]

3. Die Erklärung, daß die Erfüllung abgelehnt werde, ist eine sog. empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung; kommt sie daher dem säumigen Teil infolge Zufalls nicht zu, so ist sie wirkungslos. Unter der Herrschaft des alten H.G.B. nahm man das Gegenteil an, weil dem Säumigen auch zufällige Nachteile zur Last fielen, welche sich an den Verzug knüpfen.[11] [12] [13]

Die Erklärung muß zwar laut § 326 nach Eintritt des Verzugs,

---

9) R.G. vom 4. Nov. 1902 Bd. 53 S. 11; R.G. vom 16. Dez. 1903 Bd. 56 S. 231; R.G. vom 9. Dez. 1902; R.G. 53 S. 161; R.G. vom 20. Jan. 1903 Jur.Woch. Beilg. 5 S. 43; R.G. vom 29. April 1902 das. 1902 Beilg. 9 S. 246; R.G. vom 8. Juli 1902 das. 1902 Beilg. 11 S. 263; O.L.G. Königsberg in Seufferts Arch. Bd. 57 S. 391 n. 208; O.L.G. Hamburg das. S. 442 n. 237; Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 14; O.L.G. Dresden in Sächs. Arch. Bd. 11 S. 741; neuerdings: R.G. vom 2. Jan. und 10. Febr. 1905 Recht 1905 S. 431 und Holdh. Monatsschr. 1905 S. 215; O.L.G. Braunschweig vom 2. Februar 1906 Recht 1906 S. 241. Anderer Ansicht O.L.G. Breslau Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 14; Planck Anm. 2 d zu § 326. Gegen diesen R.G. Jur.Woch. 1905 S. 17.

10) Desgl. O.L.G. Dresden in Sächs.Arch. Bd. 11 S. 504; R.G. vom 25. Okt. und 4. Nov. 1904 Jur.Woch. 1905 S. 17, vom 15. Nov. 1905 Entsch. Bd. 62 S. 66; vgl. ferner: R.G. vom 16. Dez. 1903 und 16. Febr. 1904 Jur.Woch. 1904 S. 92 und 172; O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 439; Cosack Bürgerl.R. Bd. 1 § 105 II Anm.; Otto in Sächs.Arch. Bd. 8 S. 684.

11) Der Gläubiger kann die Erklärung gemäß § 132 B.G.B. dem Schuldner zustellen lassen. Für die dadurch entstehenden Kosten würde der in Verzug befindliche Schuldner haftbar sein. O.L.G. Karlsruhe in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 438.

12) Die Erklärungen aus § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 sind zwar sog. empfangsbedürftige, nicht aber annahmebedürftige Willenserklärungen. Mit den Erklärungen tritt ohne Zutun des Schuldners die entsprechende Wirkung ein, und der Gläubiger kann sie, auch wenn der Schuldner dauernd geschwiegen hat, einseitig nicht rückgängig machen. Vgl. R.G. v. 9. Dez. 1902 Bd. 53 S. 161; O.L.G. Karlsruhe in Rechtspr. der O.L.G. Bd. 2 S. 438; O.L.G. Hamburg in Rechtspr. des O.L.G. Bd. 6 S. 45; O.L.G. Marienwerder das. Bd. 11 S. 29.

13) R.O.H.G. Bd. 8 S. 80.

braucht aber nicht sofort nach Eintritt des Verzugs zu geschehen,[14] dennoch werden vorher abgegebene Erklärungen, wenn sie nicht zurückgenommen wurden, nach Eintritt des Verzugs fortwirken.[15]

Die Erklärung, daß die Erfüllung abgelehnt werde, muß keineswegs ausdrücklich sein.[16] Es genügt, daß man unzweideutig das Absehen von der Erfüllung zu erkennen gibt. Dagegen ist die Androhung, das Interesse zu beanspruchen, wenn nicht innerhalb bestimmter Zeit erfüllt werde, allein nicht ausreichend, da sie auch auf bloßes Zögerungsinteresse abzielen kann.

4. Auch wenn der nichtsäumige Teil nach bereits eingetretenem Verzug Erfüllung verlangt, ja diese eingeklagt hat, ist er gleichwohl noch befugt, die Erfüllung unter Verstattung der Nachfrist abzulehnen. In der Forderung der Erfüllung liegt keineswegs eine endgültige Wahl zwischen den gesetzlichen Alternativen, vielmehr Geltendmachung der gewöhnlichen Vertragsbefugnisse; dies hat die Rechtsprechung selbst unter der Herrschaft des alten H.G.B. angenommen, wo die Frage viel zweifelhafter sein konnte.[17]

5. Nach ergebnislosem Ablaufe der gesetzten Nachfrist ist der Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung ausgeschlossen, § 326 Satz 2. Selbstverständlich kann trotzdem der Gläubiger die ihm vom Schuldner später angebotene Erfüllung noch annehmen oder spätere Erfüllung wirksam vereinbaren. Hingegen ist der Gläubiger nicht befugt, einseitig nochmals nach Ablauf der ersten Nachfrist eine weitere Nachfrist zu setzen, mag auch der Schuldner auf die erste Erklärung geschwiegen haben.[18]

---

14) R.G. v. 4. April 1905 Entsch. Bd. 60 S. 346; O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 441.

15) Gleicher Ansicht O.L.G. Hamburg v. 14. April 1902 in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 45. Vgl. R.O.H.G. Bd. 10 S. 241, Bd. 13 S. 137; Gruchot Bd. 28 S. 1064.

16) Vgl. O.L.G. Posen v. 14. Januar 1904 R. d. O.L.G. Bd. 8 S. 440. Eine Fristsetzung des Inhalts: „Sollten Sie Ihren Verpflichtungen bis zu dem oben gesetzten Termin nicht nachkommen, so machen wir Sie für allen uns entstehenden Schaden verantwortlich" wurde für nicht genügend erachtet, weil die Ablehnung der Leistung nach Ablauf der Frist nicht angedroht worden sei." O.L.G. Hamburg v. 14. Januar 1901 in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 216. Die Auslegung erscheint zu eng. Der Hinweis auf den Schadensersatz in Verbindung mit der gestellten Nachfrist läßt darauf schließen, daß der Gläubiger die Folgen des Verzugs nach Ablauf der Nachfrist geltend machen will.

17) Vgl. R.G. Bd. 15 S. 68.

18) O.L.G. Hamburg v. 14. April 1902 in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 45; O.L.G. Karlsruhe v. 7. Oktober 1905 das. Bd. 12 S. 45; R.G. v. 9. Dezember 1902; R.G. 53 S. 161.

V. Zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt hat der Nichtsäumige gegebenenfalls die Wahl. Sie ist, einmal erklärt, endgültig.

1. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung findet seine Grundlage im Vertrage. Streitig ist jedoch, ob sich *nur die dem Schuldner obliegende* Leistung in eine Verpflichtung zum Schadensersatz verwandelt und die Verpflichtung des Gläubigers zur Bewirkung seiner Leistung bestehen bleibt, oder ob die *beiderseitige Erfüllungspflicht* entfällt und der Gläubiger lediglich einen Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens erhält, der ihm dadurch entstanden ist, daß der Vertrag nicht zur Ausführung gelangte.

Nach der ersten Ansicht würde der Verkäufer, da *seine* Leistungspflicht durch den Verzug des Käufers unberührt bleibt, Schadensersatz nur gegen Lieferung der Ware beanspruchen können. Bei der gegenteiligen Ansicht wird der Verkäufer von seiner Verpflichtung zur Lieferung der Ware frei, der ganze Vertrag konzentriert sich auf den allein übrig bleibenden Schadensersatzanspruch des Verkäufers, der in diesem Falle nicht durch Naturalherstellung, sondern sofort in Geld zu leisten ist.

Gegen die erstere Ansicht spricht, daß der Verkäufer seinen Anspruch auf Abnahme der Ware gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 verloren hat, während sich seine entsprechende Verpflichtung erhalten hätte. Die Rechtslage des Verkäufers würde sich nicht verbessern, da an die Stelle des Kaufpreises eine oft schwer festzustellende Schadensersatzforderung treten würde, er müßte auch die Ware dauernd in Verwahrung behalten. Zugunsten der ersten Ansicht kann Art. 354 des alten H.G.B. nicht verwertet werden, da unter dessen Herrschaft der Anspruch auf Schadensersatz mit einem dem Verkäufer notwendig obliegenden Selbsthilfeverkauf verknüpft war. Zwar ist heut ein Selbsthilfeverkauf nicht unzulässig, aber der Schadensersatzanspruch des Verkäufers ist nicht mehr davon abhängig gemacht.[19]

Die Bedürfnisse des wirtschaftlichen Lebens erfordern Einfachheit des Rechtsverkehrs. Deshalb schließen wir uns der letzteren, nunmehr auch wiederholt von der Rechtsprechung anerkannten[20] Auslegung an.

---

19) Vgl. R.G. v. 4. April und 22. September 1905 Entsch. Bd. 60 S. 346 und Bd. 61 S. 279; O.L.G. Hamburg v. 26. Oktober 1905 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 44.

20) R.G. v. 11. April 1902 Bd. 50 S. 255; ebenso R.G. v. 13. Oktober 1905 Jur.Woch. 1905 S. 686; R.G. 66 S. 67 und die dort angeführten Entscheidungen. Vgl. aber auch Robert von Mayr: Schadensersatz wegen Nicht-

2. Der Rücktritt vom Vertrage bezweckt dagegen, die Folgen des Vertrags zu beseitigen; die Beteiligten sollen tunlichst wieder in den früheren Stand zurückgesetzt werden.

a) Für diese Art des Rücktritts sind die Bestimmungen der §§ 346 bis 356 über vertragsmäßigen Rücktritt maßgebend, § 327 Satz 1.[21]

Die Folge des Rücktritts ist hiernach, daß die Parteien verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren,[22] § 346, aber keineswegs bloß nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung. Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen, § 348.

Nach § 354 wird der Rücktritt unwirksam, wenn der Zurücktretende mit der Rückgewähr des Empfangenen in Verzug ist und die ihm daraufhin vom anderen Teile gesetzte Frist zur Rückgewähr verabsäumt. [Die Folge ist, daß die Verpflichtungen aus dem Vertrage wiederaufleben, wie wenn der Rücktritt nicht erfolgt wäre.]

b) Der nichtsäumige Teil, welcher den Rücktritt erwählt, kann Schadensersatz nicht beanspruchen, insbesondere auch nicht das negative Vertragsinteresse.[23]

[§ 99. Die positiven Vertragsverletzungen.[1]

I. Das B.G.B. legt in § 286 dem Schuldner die Pflicht auf, dem Gläubiger den durch Verzug entstandenen Schaden zu ersetzen, und § 326 gibt für den gegenseitigen Vertrag dem Gläubiger unter der dort

---

erfüllung eines zweiseitigen Vertrags in d. Verhdl. d. 27. Dtsch. Jur.Tags, Gutachten Bd. 2 S. 167. S. des weiteren über die Streitfrage Staudinger Vorbemerkungen zu den §§ 325—327. IV.

21) Der zweite Satz des Paragraphen hat auf den Fall des Rücktritts wegen Verzugs keinen Bezug.

22) Eine Klage auf Anerkenntnis des Beklagten, daß der Vertrag wegen Nichterfüllung aufgelöst sei, ist der Regel nach unzulässig, da mit der Erklärung des Rücktritts ohne weiteres der Anspruch auf Rückgewähr des Empfangenen entsteht. O.L.G. Karlsruhe in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 438.

23) S. dazu Prot. des H.G.B. 4593. O.L.G. Augsburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 253 sowie O.L.G. Posen Jur.Monatsschr. f. Posen 1905 S. 147.

1) Die Literatur hierüber ist sehr umfangreich. Die Werke über Unmöglichkeit der Leistung enthalten auch Erörterungen über positive Vertragsverletzungen. Hervorzuheben sind Dernburg: D.J.Ztg. 1903 S. 1 ff; Kipp, ebendas. S. 253; Staub in der Guttentagschen Festschrift zum XXVI. Deutschen Juristentag. September 1902, neubearbeitet und vermehrt in der Schrift: Die positiven Vertragsverletzungen 1904, sowie ferner Heinrich Lehmann, Die positiven Vertragsverletzungen im Arch. f. zib. Praxis Bd. 96 S. 60; Müller-Erzbach D.Jur.Ztg. 1904 S. 1158; Krückmann das. 1905 S. 205; Hachenburg, Der Verzug bei Sukzessivlieferungen Leipz. Zeitschr.

angegebenen Voraussetzung neben dem Recht des Rücktritts den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Es verpflichtet zum Schadensersatz ferner denjenigen, welcher die Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung zu vertreten hat, §§ 280, 325. Es gibt endlich ein Recht, von einem gegenseitigen Vertrage zurückzutreten, und zwar in den Fällen der vom andern Teile verschuldeten Unmöglichkeit und des Verzugs, §§ 325, 326. Beide Rechtsfolgen haben also zur Voraussetzung, daß der Schuldner nicht tut, was er nach dem Vertrage tun soll. Für alle die im Leben so zahlreichen Fälle, in denen der Schuldner tut, was der Vertrag gebietet, aber in einer den Gläubiger schädigenden Weise, fehlt es an einer Gesetzesbestimmung.

Die Frage, ob es sich hier um eine Lücke im Gesetz handele oder ob die vorhandenen Gesetzesvorschriften eine analoge Anwendung gestatten, ist wiederholt und eingehend und von sehr verschiedenen Gesichtspunkten behandelt worden.[2] Auch die Rechtsprechung hat Stellung genommen.

II. Danach kommt in den angeführten Gesetzesnormen der allgemeine Rechtsgrundsatz zur Anerkennung, daß der Schuldner denjenigen Schaden zu ersetzen hat, den er dem Gläubiger durch vertragswidriges Verhalten verursacht, mag die Vertragswidrigkeit in Nichtleistung oder in der Art der Leistung bestehen. Nur indem man sich entschließt, diesen Satz als allgemeines Rechtsprinzip anzuerkennen und in den vorhandenen Gesetzesbestimmungen nur eine Anwendung des Prinzips zu erblicken, entgeht man der geschraubten Erklärung einer fehlerhaften Vertragserfüllung als einer vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit vertragsmäßiger Leistung.

Man nennt die tatsächlich bewirkte, aber der Vertragspflicht nicht entsprechende und den Vertragszweck verletzende Leistung positive Vertragsverletzung und wendet auf sie die §§ 280, 286, 325, 326 B.G.B. jedenfalls insoweit an, als sie eine Verpflichtung zum Schadensersatz aussprechen.

1907 S. 9; Jacobi bei Gruchot Bd. 50 S. 230 und außerdem die bei Staudinger S. 121 Anm. IV zitierten, sowie Staub, Komm. 8. Aufl. Exkurs zu § 374 Anm. 172 ff.; Planck Anm. 6 zu § 326; Staudinger Anm. 7 zu § 325 und Anm. IV zu § 326. Sehr gut auch Martin Leßer, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen, Breslau 1906.

2) Zuerst von Dernburg D.Jur.Ztg. 1903 S. 1 ff. Kohler Lehrb. II S. 254 meint, man solle von Verstößen gegen Unterlassungspflichten reden, dann ergäbe sich die Lösung einfach. Aber der Gesellschafter, der eine unrichtige Bilanz aufstellt, verstößt nicht gegen eine Pflicht, mangelhafte Leistung zu unterlassen.

Nur die schuldhafte Vertragsverletzung ist zu vertreten (§ 276). Der Gläubiger hat, wenn er Schadensersatz verlangt, Vertragswidrigkeit und Verschulden zu beweisen.

III. Zweifelhafter ist die Frage, ob eine positive Vertragsverletzung den andern Teil zum Rücktritte berechtigt. Es fragt sich „ob infolge der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen dem § 326 der gesetzgeberische Gedanke zugrunde liegt, daß Vertragsverletzungen seitens des einen Teils wegen der hierin liegenden Gefährdung des Vertragszwecks den andern Teil berechtigen, eine klare Rechtslage dadurch zu schaffen, daß er unter Ablehnung der Annahme künftiger Leistung vom Vertrage zurücktritt, oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags verlangt.

Von letzterem Standpunkte aus hat namentlich Staub in geistvollen Ausführungen die Behauptung verteidigt, daß bei gegenseitigen Verträgen auch wegen positiver Vertragsverletzungen des einen Teils im Wege der Analogie dem andern Teil die in § 326 ausgesprochenen Rechte erwüchsen.

Der Auffassung von Staub hat sich das Reichsgericht grundsätzlich mehrfach angeschlossen. Insbesondere geschah dies in der Entscheidung des zweiten Zivilsenats vom 6. März 1903, Entsch. Bd. 54 S. 98. Die Entscheidung hebt hervor, daß diese Analogie hauptsächlich bei den auf längere Zeit berechneten Verträgen, bei Lieferungsgeschäften und Geschäften ähnlicher Art in Betracht käme; ferner, daß zunächst dahinzustellen sei, ob eine dem ersten Satze des § 326 Abs. 1 entsprechende Fristbestimmung und Androhung erforderlich sei oder unterbleiben könne; endlich ob auch beim Gattungskauf wegen Fehlerhaftigkeit einer oder mehrerer Lieferungen jene analoge Anwendung zugelassen werden könne“.[3]

Das Reichsgericht ist dieser Auffassung treu geblieben, es hat zwar in einem Fall, in welchem ein zur fortgesetzten Lieferung verpflichtender Vertrag vorlag, den Empfänger bei Mangelhaftigkeit einer einzelnen Lieferung auf die §§ 462, 480 und 326 Abs. 2 verwiesen (Entsch. Bd. 63 S. 297), den Rücktritt aber dann zugelassen, wenn auch nur eine Vertragsverletzung nach den Umständen den sicheren Schluß gestattet, daß auch die künftigen Leistungen mangelhaft sein werden (Bd. 67 S. 5).[4]

---

3) [Die in Anführungszeichen wiedergegebene Stelle ist der vorigen Auflage entnommen.]

4) [Gegen letztere Entscheidung Brecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 54.]

Man kann auch hier von einem allgemeinen Rechtsprinzip reden. Wenn das Verhalten des einen Teils den Vertragszweck gefährdet, so kann dem anderen Teile nicht zugemutet werden, seinerseits zu leisten und eine Vereitelung seiner Interessen zu dulden; wie im Falle der Gefährdung des Vertragszwecks durch Verzug (§ 326 Abs. 1), so hat er auch im Falle der Gefährdung durch mangelhafte Leistung das Recht, vom Vertrage zurückzutreten und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern.

Ob der Vertragszweck in der Tat gefährdet ist, müssen die Umstände des besonderen Falles ergeben. Von einer Fristsetzung kann keine Rede sein, denn diese hat den Zweck, dem Schuldner, der nicht geleistet hat, nachträgliche Leistung zu ermöglichen. Es kann nur eine Aufforderung zu besserer Leistung in Frage kommen, und hierzu wird man den Gläubiger allerdings verpflichten müssen.]

Fünftes Kapitel.

Draufgabe, Vertragsstrafe.

§ 100. Die Draufgabe.[1]

I. Die Arra — Handgeld, Draufgabe —, im römischen Verkehr bei Käufen, Mieten und anderen Geschäften häufig, galt den Römern als Zeichen des Geschäftsabschlusses. Sie gab zugleich eine gewisse tatsächliche Gewähr für die Erfüllung. War das Geschäft erfüllt oder durch Einverständnis der Parteien wieder aufgehoben, so konnte der Geber die Arra zurückfordern, und zwar regelmäßig mit persönlichen Klagen,[2] da man annahm, sie gehe in das Eigentum des Empfängers mit der Übergabe über. Die Arra hatte häufig neben dem Zweck, Zeichen des Vertrags zu sein, den Zweck einer Strafe. Ja in einigen Fällen hatte sie bloß diesen Zweck für denjenigen, welcher sich der zur Vollendung des Geschäfts notwendigen Handlungen, insbesondere der hierfür noch erforderlichen schriftlichen Vollziehung des Vertrags weigerte.[3]

---

1) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 12; Stobbe, Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 221 ff.; Kunze, Das Wesen und die Bedeutung der Arra des gemeinen Rechts im Verhältnis zur Draufgabe des B.G.B., der Konventionalstrafe des gemeinen Rechts und der modernen Vertragsstrafe 1904.

2) Daher condictio sine causa. actio emti im Fall einer bei Abschluß eines Kaufgeschäfts gegebenen Arra. l. 11 § 6 D. de a. e. v. 19, 1, l. 5 § 15 D. de inst. a. 14, 3.

3) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 12 Anm. 2 und 5.

Im älteren deutschen Recht hatte das Handgeld, der Gottespfennig, der Weinkauf[4] eine andere Bedeutung als die römische Arra, denn der formlose Vertrag war nach der ursprünglichen deutschen, sich vielfach im Mittelalter erhaltenden Ansicht noch nicht bindend, so lange er nicht von einer Seite erfüllt war. Das Handgeld aber ersetzte die Erfüllung und gab dem Vertragsschluß so die Vollendung.[5] Es war also Form, nicht bloßes Zeichen des Abschlusses; wesentlich für die Vertragsgeltung, nicht bloßes Beweismittel. Es wurde häufig auch nicht vom Kaufpreis abgezogen, sondern galt als eine Zugabe. Doch nicht durchgängig erachtete man die Draufgabe als genügend zur Vollendung des Geschäftsschlusses. Nach manchen Statuten blieb die Vereinbarung trotz der Draufgabe nach wie vor widerruflich. Der Geber verlor sie nur, wenn er die Vereinbarung nicht hielt. Die Arra hatte hier die Natur eines Reugeldes. Im code Napoléon art. 1590 hat diese Auffassung nachgewirkt.

Das A.L.R. I, 5 § 205, wie auch das alte Handelsgesetzbuch Art. 285, haben aber ihre Bestimmungen im ganzen denen des römischen Rechts angeschlossen.

II. Der nämlichen Rechtsanschauung folgt das B.G.B.[6]

1. Das bei den Vertragsverhandlungen als Draufgabe Gegebene gilt als Zeichen des Abschlusses des Vertrags, § 336 Abs. 1, der Gegenbeweis des Nichtabschlusses bleibt offen.

2. Draufgeld kann auch vor dem Abschluß des Vertrags in der Meinung gegeben werden, daß der Geber es verlieren soll, wenn er sich dem in Aussicht genommenen Abschlusse des Vertrags entzieht — sog. arra pacto imperfecto data —; daß dies der Sachverhalt war, hat, wer es behauptet, im Streitfalle zu erweisen.[7]

---

4) Das Handgeld ist Gottespfennig, wenn es frommem Zweck, es ist Weinkauf, wenn es dem Trunke der Vertragschließenden und Zeugen dient. Stobbe, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 231 ff.

5) Auf diese Bedeutung der Arra im älteren deutschen Recht ist in neuerer Zeit ein, wenn auch keineswegs alle Beziehungen gleichmäßig erhellendes Licht gefallen durch die Arbeiten von Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 33 ff.; Sohm, Das Recht der Eheschließung, Weimar 1875, S. 24 ff.; Stobbe, Neurecht und Vertragsschluß nach älterem deutschen Recht, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 235. Vgl. auch Gierke in Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 1 6. Aufl. S. 525.

6) Zu B.G.B. §§ 336—338 vgl. E. I §§ 417—419, Mot. Bd. 2 S. 274, Prot. Bd. 1 S. 769.

7) Auch das A.L.R. erwähnte dieses Geschäft nicht, es galt gleichwohl als zulässig, Jur.Woch. 1886 S. 22 n. 51.

3. Die preußische Gesindeordnung vom 8. November 1810 § 23 behandelt die Draufgabe nicht als bloßes Zeichen, sondern als Form des Gesindevertrags, so daß ohne den „Dingpfennig" der Vertrag nicht zustande kommt, er sei denn schriftlich geschlossen. Dies hat sich nach Einf.-Ges. Art. 95 Abs. 1 erhalten.[8]

4. Körperliche Übergabe der Draufgabe ist im Verkehr Regel. Denkbar ist aber auch Übergabeersatz durch traditio brevi manu, § 929 Satz 2, und selbst constitutum possessorium, § 930.[9]

5. Die Draufgabe ist im Zweifel auf das vom Geber Geschuldete anzurechnen als sog. Angeld.[10] Doch nicht jede Anzahlung ist Draufgabe. Hierüber entscheidet die Absicht bei der Hingabe.

Eine nicht aufrechenbare Draufgabe, z. B. ein Ring, ist bei Erfüllung des Vertrags zurückzugeben, § 337.

6. Die Draufgabe geht, wenn sie in Geld besteht und die dem Geber obliegende Leistung auf Eigentumsübertragung gerichtet ist, im Zweifel als antizipierte Erfüllung in das Eigentum des Empfängers über. Das römische Recht und das A.L.R. I, 5 § 216 nehmen allgemein im Zweifel Eigentumsübergang an. Man wird aber, wenn die Draufgabe nicht Geld ist, die Frage nach den Umständen des Falles zu beurteilen haben.

7. Ist der Vertrag nichtig — z. B. wegen Formmangels oder infolge Anfechtung wegen Irrtums, Betrugs, Zwanges —, so ist das Draufgeld, wenn es übereignet ist, in der Regel wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückzugewähren.

8. Die Draufgabe ist im Zweifel nicht Reugeld, § 336 Abs. 2.[11] Sie hat aber Strafnatur, § 338.[12]

Wird nämlich die dem Geber obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich oder verschuldet er die Aufhebung des Vertrags, so ist der Empfänger zum Behalten der Draufgabe

---

8) Vgl. Kamm.Ger. Recht 1904 S. 554.

9) Planck Anm. 4 zu § 336. Anderer Ansicht Oertmann zu § 336; jetzt auch Kuhlenbeck bei Staudinger § 336 Nr. 3.

10) Auch nach der preußischen Gesindeordnung § 25 darf der Dingpfennig auf den Lohn angerechnet werden, nur ausdrücklich soll anderes gültig vereinbart werden. Die Verkehrssitte stimmt aber hiermit nicht überein.

11) So auch A.L.R. I 5 § 210. Altes H.G.B. Art. 285 Abs. 1. Anders code civil. art. 1590, 1715.

12) So auch nach bisherigem Recht A.L.R. I 5 § 218; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 12.

befugt.[13] So wenn der Empfänger wegen Verzugs des Gebers zurücktritt. Die Draufgabe ist keine „Vertragsleistung" im Sinne des § 326.

Schadensersatz kann der Empfänger gleichwohl geltend machen. Aber die Draufgabe ist anzurechnen oder wenn dies untunlich ist, insbesondere wegen Ungleichheit des Gegenstandes, gegen den Schadensersatz Zug um Zug zurückzugewähren, § 338 Satz 2.

§ 101. Begriff und Wesen der Vertragsstrafe.[1]

I. Dem Vertragsbruch soll die Vertragsstrafe[2] begegnen.

Vertragsstrafe — Konventionalstrafe — ist eine behufs Sicherung einer Verbindlichkeit auf den Fall ihrer Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung bedungene Vermögensleistung.

Solche Vertragsstrafe ist der öffentlichen Strafe dadurch ähnlich, daß sie durch Androhung eines Übels dem Unrecht entgegenzutreten sucht. Doch nicht das Interesse der Allgemeinheit zu wahren, ist sie bestimmt, wie die öffentliche Strafe, sondern nur das private des Gläubigers.

Die Privatstrafe hat nicht bloß die Aufgabe, einen Druck zur Erfüllung zu üben. Kaum minder wichtig ist es, daß sie die besondere Berechnung des Schadens im Falle der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung entbehrlich machen kann. Nach A.L.R. I, 5 § 292 galt die Konventionalstrafe sogar geradezu als geschätztes Interesse,[3] was auf ihre Gestaltung von erheblichem Einflusse war. Im Sinne des B.G.B. § 339[4] verfolgt die Vertragsstrafe beide Zwecke.

---

13) Um deswillen ist der Unterschied einer Draufgabe und einer bloßen Anzahlung besonders wichtig. O.Trib. Bd. 58 S. 27; Striethorst Archiv Bd. 67 S. 215.

1) Über gemeines Recht Dernburg, Pand. Bd. 2 § 46 und dort Angef. Wendt, Begriff und Wesen der Konventionalstrafe in Iherings Jahrb. Bd. 22 S. 398. Über das B.G.B. Stammler, Schuldverhältnisse S. 159; Kuhlenbeck, Von den Pandekten Bd. 2 § 16; Fuld in Sächs.Arch. Bd. 9 S. 337; Pfizer in Ztschr. f. d. Notar. in Bayern 1900 S. 24; Staub, Komm. zu § 348 Anm. 1 ff. und dort Angef.; Kohler, Lehrbuch II S. 141 ff.

2) [Reugeld ist gegeben, Vertragsstrafe versprochen. Das Reugeld sichert die Möglichkeit des Rücktritts, die Vertragsstrafe die Erfüllung des Vertrags. Daher finden auf das Reugeld die Bestimmungen über die Vertragsstrafe keine Anwendung.]

3) Vgl. jedoch R.G. Bd. 33 S. 219; R.O.H.G. Bd. 16 S. 297; Jur.Woch. 1880 S. 186; R.G. Bd. 26 S. 93.

4) Zu §§ 339 ff. E. I § 422; Mot. Bd. 2 S. 278; Prot. Bd. 1 S. 773 und 779.

Die Vertragsstrafe fördert die Ordnung und Pünktlichkeit des Verkehrs und dient infolgedessen seiner Gesundheit. Aber sie ist auch argen Mißbrauchs fähig und kann zu einem Mittel der Ausbeutung ausarten.[5]

II. Die Vertragsstrafe setzt voraus

1. in der Regel eine Vereinbarung über die Strafe.[6] Doch kann die Strafe auch in einseitigen Versprechen übernommen werden, soweit diese obligationsbegründend sind, z. B. in Inhaberpapieren. Auch durch letztwillige Verfügung kann entsprechend Strafe angedroht werden.[7]

2. Die Vertragsstrafe dient einer Verbindlichkeit. In der Regel handelt es sich um vertragliche Verbindlichkeiten. Ausgeschlossen ist aber nicht, gesetzliche Verbindlichkeiten, z. B. bei Gelegenheit einer Stundung der Schuld, durch Vertragsstrafe zu sichern.

Verspricht man eine Strafe für den Fall, daß man eine Handlung vornimmt oder unterläßt, ohne die Verpflichtung zur Unterlassung oder Vornahme dieser Handlung zu übernehmen, so liegt hierin keine Vertragsstrafe. Aber solche Vereinbarungen — wir bezeichnen sie als strafähnliche Versprechen — sind, wenn ihr Zweck darin besteht, das bedingende Tun oder Unterlassen zu bewirken, in wichtigen Beziehungen wie Vertragsstrafen zu behandeln, vgl. § 343 Abs. 2.[8]

3. Die Vertragsstrafe muß eine Vermögensleistung ausbedingen.

Meist ist sie Geldstrafe; diese regelt B.G.B. §§ 339 ff. zunächst. Sie kann aber auch in anderen Leistungen bestehen, § 342. Dann finden die Bestimmungen über Geldstrafen entsprechende Anwendung.

---

5) R.O.H.G. Bd. 13 S. 387, Bd. 14 S. 267 nahm daher an, daß die Verabredung einer Vertragsstrafe einschränkend zugunsten des Verpflichteten auszulegen sei; vgl. Jur.Woch. 1891 S. 560 n. 31; A. M. R.G. in Jur.Woch. 1903 Beilg. 43.

6) Der zum Abschluß eines Vertrags Bevollmächtigte, welcher ohne besondere Ermächtigung in den Vertrag zu Lasten des Machtgebers das Versprechen einer Vertragsstrafe aufnimmt, verbindet hierdurch den Machtgeber nicht; es sei denn, daß es sich um Verträge handelt, bei denen derartige Strafversprechen üblich sind und also der Vermutung nach im Willen des Machtgebers liegen. Vgl. O.Trib. Bd. 80 S. 284.

7) Vgl. R.G. Bd. 19 S. 232.

8) Ein strafähnliches Versprechen behandelt R.G. Bd. 19 S. 232. Der Vater verkaufte seinen Bauernhof seinem Sohne mit der Maßgabe, daß der Sohn seiner Ehefrau nicht mehr als die Hälfte seines Vermögens letztwillig zuwenden dürfe, widrigenfalls er eine Strafe von 1000 Tlr. zu zahlen habe. In dem nach dem Tode des Sohnes eröffneten Testament war die Ehefrau des Sohnes als Universalerbin eingesetzt. Die Strafe galt als verfallen.

Nicht jeder Nachteil, welcher an den Fall der Nichterfüllung eines Versprechens geknüpft ist, bildet eine Vertragsstrafe. Diese liegt nur vor, wenn dem Gläubiger im Straffall ein von der Hauptverbindlichkeit verschiedener Anspruch auf eine Leistung eingeräumt wird, vgl. B.G.B. §§ 339, 342.[9] Als Vertragsstrafe ist dagegen nicht anzusehen, wenn sich bei vertragswidrigem Handeln des Verpflichteten der Hauptanspruch selbst umgestaltet.[10] Daher ist eine sog. kassatorische Klausel[11] oder eine lex commissoria keine Vertragsstrafe im gesetzlichen Sinne, ebensowenig wenn dem Vermieter das Recht der Ausweisung des Mieters oder der Kündigung bei Verfehlungen gegen den Vertrag,[12] falls den Gesellschaftern das Recht der Ausstoßung des Gesellschafters gegeben wird, oder eine Versicherung wegen eines Verstoßes gegen die Versicherungsbedingungen verwirkt wird. Auch ist es nicht als Vertragsstrafe aufzufassen, wenn sich der Kaufpreis im Falle der Verzögerung der Lieferung der Kaufsache um gewisse Prozente vermindern,[13] der Lohn des Arbeiters wegen Verfehlungen sich verkürzen oder die Höhe des bedungenen Zinses im Falle nicht rechtzeitiger Zinszahlung steigen soll.[14] Die Unterscheidung ist namentlich wichtig wegen der Befugnis des Richters, eine unverhältnismäßig hohe verwirkte Strafe herabzusetzen, § 343, eine Sonder-

9) Der Frachtzuschlag im § 53 der Eisenbahnverkehrsordnung v. 26. Okt. 1899 wird als Vertragsstrafe angesehen vom R.G. Entsch. v. 10. Oktober 1900 in Hess. Rechtspr. Jahrg. 1 S. 177. [Vgl. auch Seelmann, Archiv für bürg. Recht Bd. 25 S. 209. Herabsetzung des Kaufpreises bei nicht pünktlicher Lieferung ist Vertragsstrafe, R.G. 68, 41 mit nicht ganz zutreffender Begründung.]

10) In diesem Sinne O.Trib. Bd. 65 S. 38; Striethorst, Archiv Bd. 45 S. 13, Bd. 57 S. 277. Anders O.Trib. in Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 176 ff., sowie Entsch. Bd. 15 S. 264.

11) R.G. v. 29. Januar 1902 Recht 1902 S. 125.

12) Es mag aber hervorgehoben werden, daß die Gerichte mit Recht geneigt sind, trotz der kassatorischen Klausel eine Verwirkung bei geringen Verfehlungen nicht anzunehmen, weil sie für unbedeutende Verstöße nicht als bestimmt gilt. Gleiches ist bei Verzögerung der Zahlung um wenige Tage der Fall, wenn kulante Behandlung zugesagt war. Vgl. Bolze Bd. 1 S. 197.

13) Übereinstimmend: Staub Anm. 2 zu § 348. Anders Jur.Woch. 1881 S. 172; Planck Anm. I zu § 339; Staudinger Bd. 2 S. 228 Anm. IV u. dort Angef.

14) Im Anschluß an die Rechtsprechung des O.Trib. Bd. 76 S. 99 hatte das Reichsgericht, Gruchot Bd. 28 S. 242, Bd. 29 S. 881, die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung für unzulässig erklärt, da solche Vereinbarung gegen das Verbot des Anatozismus verstoße. Vgl. dagegen Martinius bei Gruchot Bd. 39 S. 542; Jahrb. des Kam.Ger. Bd. 1 S. 130, Bd. 7 S. 76. Das R.G. hat jene Auffassung aufgegeben und die Vereinbarung für zulässig erachtet, Just. Min. Bl. 1897 S. 6.

bestimmung, die auf andere Vereinbarungen keine Anwendung finden kann.[15]

4. Die Vertragsstrafe muß nicht notwendig dem Gläubiger der gesicherten Verbindlichkeit zukommen. Sie kann einem Dritten, z. B. einer Arbeiterhilfskasse, bestimmt werden. Liegt hierin ein Vertrag zugunsten des Dritten in dem Sinne, daß der Dritte ein selbständiges Klagerecht erhält?[16] Im Zweifel ist dies nicht anzunehmen. In der Regel wird sich der Gläubiger, dem nicht oder nicht gehörig erfüllt ist, die eigene Entschließung darüber, ob die Vertragsstrafe beigetrieben werden soll, vorbehalten; er wird das eigene Urteil darüber nicht aufgeben, ob er sich durch den Verpflichteten geschädigt oder verletzt fühlt, ob rigoroses Beitreiben der Strafe die Fortsetzung einer ihm nützlichen Geschäftsverbindung bedroht.

III. Das Recht auf die Vertragsstrafe hat zwar seine selbständige Grundlage im Vertrage, ist aber vom Hauptanspruch abhängig, da es dessen Sicherung dienen soll. Hieraus ergeben sich folgende Sätze:

1. Ist der Hauptanspruch von vornherein ungültig, z. B. wegen Unmöglichkeit der Leistung, so ist auch die Vertragsstrafe nicht geschuldet,[17] **§ 344.**

2. Erlischt der Hauptanspruch vor Verfall der Vertragsstrafe, z. B. infolge einer Aufrechnung, oder tritt ihr eine zerstörliche Einrede entgegen, so erledigt sich damit auch die noch nicht verfallene Vertragsstrafe.[18]

Anders wenn die Strafe bereits verfallen ist, dann erhält sie sich in der Regel trotz des Erlöschens des Hauptanspruchs.

3. Im weiteren Sinne bildet die noch nicht verfallene Vertragsstrafe mit dem Hauptanspruch ein Schuldverhältnis. Daher ist im Zweifel anzunehmen, daß mit Abtretung des Hauptanspruchs auch der Anspruch auf die nicht verfallene Vertragsstrafe abgetreten wird.

Diese Vermutung tritt nicht ein, wenn die Vertragsstrafe bereits verfallen ist.

4. Nach preußischem Rechte nahm man an, daß die selbständige Abtretung einer noch nicht verfallenen Vertragsstrafe ungültig, desgleichen die Zurückbehaltung des Anspruchs auf eine noch nicht verfallene

---

15) Vgl. ferner Bl. für Rechtspfl. i. B. d. K. 1898 S. 41.
16) Vgl. unten § 106.
17) L. 69 D. de V. O. 45, 1; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 46 Anm. 5 und 6.
18) R.G. Bd. 33 S. 220.

Vertragsſtrafe bei Abtretung des Hauptanſpruchs unzuläſſig ſei.[19] Dies um deswillen, weil die Vertragsſtrafe nach preußiſchem Recht vorzugsweiſe als vereinbartes Vertragsintereſſe anzuſehen war.

Für das B.G.B. beſteht kein Grund, die ſelbſtändige Abtretung einer noch nicht verfallenen Vertragsſtrafe auszuſchließen.[20]

5. Iſt der Gläubiger befugt, die Erfüllung des Hauptanſpruchs ſeitens des Schuldners ſo lange zurückzuweiſen, bis er die verfallene Vertragsſtrafe gleichfalls anbietet? Man kann dies aus § 266 nicht ableiten, trotzdem der Gläubiger Erfüllung ohne gleichzeitiges Angebot des Zögerungsintereſſes nicht annehmen muß. Denn es handelt ſich bei der Vertragsſtrafe um eine ſelbſtändige, wenn auch mit einer anderen Schuld verbundene Verbindlichkeit.

§ 102. Unzuläſſige Vertragsſtrafe.

I. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Rechtsnormen, deren Aufrechterhaltung und allgemeine Durchführung im öffentlichen Intereſſe liegt, dürfen daher nicht mittels Vertragsſtrafen umgangen werden.[1]

Was für Vertragsſtrafen maßgebend iſt, das gilt auch für *vertragsähnliche Vereinbarungen*.

II. Das B.G.B. § 344 beſtimmt die Unwirkſamkeit von Vertragsſtrafen zur Sicherung von Verſprechen, *welche das Geſetz für unwirkſam erklärt*, und zwar ohne Rückſicht darauf, ob die Vertragſchließenden die Unwirkſamkeit des Verſprechens kennen oder nicht.

Damit iſt keineswegs geſagt, daß das Verſprechen, welches durch Vertragsſtrafe geſichert wird, *klagbar* ſein muß.[2] Denn *nicht jede klagloſe Verpflichtung iſt rechtlich unwirkſam*. Daß Klagloſigkeit nicht entſcheidet, geht, wenn es des Beweiſes bedürfte, beſonders aus § 1297 und ſeiner Entſtehungsgeſchichte hervor. Im erſten

---

19) O.Trib. Bd. 38 S. 36, Bd. 54 S. 30. — Selbſtändige Abtretung verfallener Vertragsſtrafen galt dagegen als gültig, O.Trib. Bd. 82 S. 11 ff.

20) Übereinſtimmend: Planck Anm. 4 zu § 340; Staudinger a. a. O. Anm. V; das Gegenteil nehmen Oertmann Anm. 2 b zu § 399 ſowie Staub Anm. 33 zu § 348 an.

1) Der Vertragsſtrafe iſt namentlich dann der Rechtsſchutz zu verſagen, wenn die Forderung der Strafe als argliſtig auf eigene Bereicherung und lediglich zum Schaden des Gegners gerichtet und deshalb als wider die guten Sitten laufend anzuſehen wäre, Jur.Woch. 1895 S. 25 n. 78; Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1892 S. 85 (jetzt § 226 B.G.B.).

2) Anders Coſack Bd. 1 § 92 Anm. 2; Endemann, Bürgerl. R. Bd. 1 Abt. 2 § 133. Dagegen aber Oertmann zu § 344.

Entwurf galten Verlöbnisse als „unwirksam". Daher war für sie eine Vorschrift, welche ihre Bestärkung durch Privatstrafe besonders ausschloß, unnötig und wurde nicht getroffen. Der zweite Entwurf erklärte Verlöbnisse nur für „klaglos". Danach mußte die Nichtverbindlichkeit der auf den Bruch des Verlöbnisses gesetzten Vertragsstrafe, wenn man sie feststellen wollte, besonders vorgeschrieben werden, was auch geschah.

Es steht hiernach an sich nichts im Wege, bloß soziale Verpflichtungen durch Vertragsstrafen erzwingbar zu machen.[3]

III. Erschöpfende Aufzählung der Fälle, in welchen Vertragsstrafen unwirksam sind, ist nicht möglich. Einzelnes mag hervorgehoben werden.

1. Soweit das Recht Formen für die Übernahme von Verbindlichkeiten im allgemeinen Interesse vorschreibt, z. B. bezüglich der Übereignung von Grundstücken, § 313[4] — s. ferner § 311 —, sind Vertragsstrafen und strafähnliche Versprechen unwirksam, welche den Zweck dieser Formvorschriften vereiteln würden, z. B. N. verspricht dem A. formlos 20 000 Mk. für den Fall, daß er diesem sein Grundstück nicht übereignet.[5]

2. Vertragsstrafen sind ungültig, welche gegen die guten Sitten sind, § 138, namentlich die unveräußerliche Freiheit der Individuen, den sozialen Frieden,[6] die grundlegenden Einrichtungen der Gesellschaft, insbesondere das Institut der Ehe antasten.

---

3) Vorausgesetzt ist, daß die Verabredung der Konventionalstrafe die bürgerliche Freiheit nicht „zu sehr" beeinträchtigt. Kohler in seinem Archiv Bd. 12 S. 25; vgl. auch Planck und Staudinger Anm. 1 zu § 344. Die Grenze kann nur an der Hand des allgemeinen Empfindens und der öffentlichen Meinung gefunden werden. Unstatthaft wäre z. B. eine Vertragsstrafe, falls ich rauche oder Tee trinke, oder einen bestimmten Stadtteil betrete, dagegen kann eine Konventionalstrafe für einen bestimmten individuellen Fall gültig sein, z. B. wer den Verein schwänzt oder zu spät kommt, Kohler a. a. O.

4) Vgl. oben § 80.

5) Die dennoch trotz des Formmangels gegebene Vertragsstrafe kann zurückgefordert werden. R.G. v. 30. Oktober 1902 in Jur.Woch. 1902 Beilg. 14 S. 281; R.G. v. 10. Januar 1903 das. 1903 Beilg. 4 S. 32.

6) Nach § 152 Gewerbeordnung findet aus Vereinigungen der Gewerbetreibenden zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen Klage und Einrede nicht statt. Jedem Teilnehmer steht jederzeit der Rücktritt frei. Eine Vertragsstrafe kann für den Fall der Nichterfüllung der durch den Beitritt übernommenen Verpflichtungen nicht verabredet werden. R.G. v. 27. Nov. 1901 in Jur.Woch. 1902 S. 30 n. 30 sowie Entsch. Bd. 50 S. 28.

3. Im heutigen Verkehrsleben gewinnen eine immer steigende Bedeutung die sog. „Kartelle" oder „Syndikate" oder „Ringe", durch welche sich die Produzenten von Waren vereinigen, um die Preise der von ihnen hergestellten Waren auf einer gewissen Höhe zu halten, sei es durch Einschränkung der Produktion, sei es durch die Verabredung, nicht unter einem gewissen Mindestpreise zu verkaufen, sei es durch ausschließlichen Verkauf ihrer Produkte mittels einer gemeinsamen Stelle. Diese Vereinbarungen werden vorzugsweise durch Vertragsstrafen gegen diejenigen, welche ihnen zuwiderhandeln, gesichert.

In ausländischen Gesetzgebungen sind solche Ringe vielfach verboten, zum Teil sogar durch öffentliche Strafe bedroht.[7] Dies alles freilich mit geringem praktischen Erfolg. In Deutschland gelten derartige Ringe überwiegend als volkswirtschaftlich nützlich, weil sie die Produktion gegen die Nachteile zügelloser Konkurrenz sichern, wobei freilich niemand verkennt, daß sie dem Mißbrauch ausgesetzt sind. Daher ist weder die deutsche Gesetzgebung noch die deutsche Rechtsprechung den Ringen als solchen entgegengetreten.[8]

Kohler in seinem Archiv Bd. 5 S. 221 nimmt an, Vereinbarungen dieser Art seien zwar an und für sich nicht nichtig, es müsse aber jedem Teilnehmer jederzeit der Austritt gestattet sein; vorher verfallene Vertragsstrafen seien daher klagbar, nach der Austrittserklärung verfielen Vertragsstrafen gegenüber dem Austretenden nicht mehr.

Dies geht zu weit. Es ist hierbei auch keine Rücksicht auf die rechtliche Form genommen, welche die Ringbildung annehmen kann.

Die Form sehr wichtiger Syndikate ist, daß die beteiligten Produzenten eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß dem Gesetze vom 20. April 1892 begründen, welche den Verkauf der Produkte der beteiligten Firmen ausschließlich vorzunehmen hat. Durch sog. Lieferungsverträge verpflichten sich diese Firmen, ihre gesamte Produktion zur Veräußerung der Gesellschaft zu übertragen und zwar unter Vertragsstrafen.

---

7) Vgl. Kohler in seinem Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 5 S. 218.

8) Der bayerische oberste Landesgerichtshof, Seuffert, Bl. f. Rechtsanwendung 53. Jahrg. S. 191, hat sich für die Gewährung des Rechtsschutzes für die Strafleistungen ausgesprochen. Auch R.G. Bd. 28 S. 238 lehnt ihn nicht grundsätzlich ab. Ganz verschieden ist die Frage, ob die öffentliche Sperrung des Geschäftsverkehrs mit einem der Vereinigung nicht angehörenden Mitgliede rechtsverletzend ist, was R.G. a. a. O. bejaht.

Daß die Gesellschaft nur auf bestimmte Zeit geschlossen wird, daß jede der beteiligten Firmen unter gewissen, wenn auch längeren Fristen kündigen kann, wird nach der Natur des Geschäfts wohl ausnahmslos vereinbart. Die Gesellschaft kann aber auch nach dem Gesetz § 63 auf Grund einer Auflösungsklage seitens der mit mindestens $^1/_{10}$ des Stammkapitals Beteiligten durch richterliches Urteil aufgelöst werden, wenn in den Verhältnissen der Gesellschaft liegende, wichtige Gründe für die Auflösung vorhanden sind. Ein solcher Grund kann darin liegen, daß sich der Ring als wirtschaftlich schädlich erweist.

Gehen die Beteiligten einfach eine Gesellschaft des B.G.B. ein, so muß sie auf bestimmte Zeit abgeschlossen sein, wenn sie nicht jederzeit kündbar sein soll; aus wichtigen Gründen, zu welchen der wirtschaftliche Nachteil des Ringes gehört, ist sie jederzeit kündbar; Vertragsstrafen, welche das Kündigungsrecht beschränken, sind nichtig, § 723.

4. Das vertragsmäßige Konkurrenzverbot, durch welches man seinen Gewerbebetrieb gegen Konkurrenz schützen will, erhält gleichfalls vorzugsweise durch Vertragsstrafen praktische Wirkung.[9]

Über die Zulässigkeit solcher Verbote gingen die Ansichten auseinander[10] [11], da die einen sie als Verstoß gegen die gesetzlich gewährleistete Gewerbefreiheit und als ungehörige Beschränkung der Persönlichkeit ansahen, andere aber in ihnen an sich nichts Gesetzwidriges oder Verwerfliches erblickten, in ihnen unter Umständen sogar einen zweckmäßigen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb fanden.

a) Die Rechtsprechung hat sich im allgemeinen auf den letzteren Standpunkt gestellt. Doch läßt sie solche Verbote nicht unbeschränkt zu. Sie prüft vielmehr im Einzelfall, ob das Konkurrenzverbot nach seiner Art und Dauer sowie nach den sonstigen Umständen die Erwerbsfähigkeit, persönliche Freiheit und Selbständigkeit des Verpflichteten in einem der guten Sitte zuwiderlaufenden Umfang antastet.[12]

---

9) Hierbei ist zu beachten, daß der Verpflichtete nicht bloß durch eigene Tätigkeit, sondern auch durch Veranstaltungen Dritter, die er hervorruft oder unterstützt, das Konkurrenzverbot verletzen kann, R.G. v. 2. Juli 1902 Jur.Woch. 1902 Beilg. S. 264; vgl. auch O.L.G. Braunschweig Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 254.

10) O.Trib. Bd. 80 S. 1. Rechtsprechung über Konkurrenz-Ausschlußverträge s. R.G. Bd. 9 S. 36, 45, Bd. 20 S. 106, Bd. 31 S. 97, Bd. 33 S. 141, Bd. 37 S. 176, Bd. 40 S. 97; Gruchot Bd. 24 S. 946, Bd. 37 S. 964 und 1205; Bolze Bd. 16 n. 385, Bd. 17 n. 422, 423, Bd. 18 n. 408, Bd. 19 n. 494, 495; Jur.Woch. 1897 S. 255 n. 87, S. 353 n. 35, S. 402 n. 7, 1898 S. 17 n. 45, S. 23 n. 57, S. 56 n. 36, S. 77 n. 41 und 42, S. 649 n. 25, S. 665 n. 28.

11) Vgl. auch Kohler, Ideale in seinem Archiv Bd. 5 S. 208.

12) [Jedenfalls erlischt das Konkurrenzverbot und damit der Anspruch

Auch behandelte man, die Härten des Verbots mildernd, im Zweifel die an sie geknüpfte Vertragsstrafe als Wandelpön.[13]

b) Besondere Gefahren hat das Konkurrenzverbot in Anstellungsverträgen, um die Angestellten zu hindern, nach Beendigung ihres Dienstvertrags ihre Kenntnis der Verbindungen und der Geschäftsgeheimnisse ihres ehemaligen Dienstherrn zu dessen Nachteil auszunutzen. So ungehörig solche Ausnutzung sein kann, so wenig sind doch Verträge anzuerkennen, deren Folge wäre, die ehemaligen Angestellten an der Verwertung ihrer Arbeitskraft und ihrer berufsmäßigen Kenntnisse ganz oder in sehr erheblicher Weise zu hindern.

Um dem Richter bestimmte Handhaben zu geben, verfügt H.G.B. §§ 74 und 75 bezüglich der Handlungsgehilfen, das Konkurrenzverbot solle für sie nur soweit verbindlich sein, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand die Grenzen nicht überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehilfen ausgeschlossen wird; es solle längstens nur auf die Zeit von drei Jahren nach Beendigung des Dienstverhältnisses gelten und unverbindlich sein, wenn der Geschäftsherr die Beendigung des Dienstverhältnisses verschuldet — näheres § 75 Abs. 1 —, es solle endlich nichtig sein, wenn der Handlungsgehilfe zur Zeit des Vertragsschlusses minderjährig ist.[14]

Ist eine Strafe versprochen, so soll nach § 75 Abs. 2 nur diese beansprucht werden können; sie ist also bei Handlungsgehilfen gesetzlich Wandelpön.[15]

Alles dies soll auch für Handlungslehrlinge gelten, § 76 Abs. 1. Ein Konkurrenzverbot gegenüber Lehrlingen ist freilich bedenklich; denn wozu lernen, was man nicht verwerten darf? Da aber der Vertrag mit minderjährigen Lehrlingen nichtig ist, Großjährige selten in

---

auf die Vertragsstrafe, wenn das wirtschaftliche Interesse an der Aufrechthaltung des Verbots aufhört. R.G. in Seuff.Arch. 61 Nr. 104.]

13) R.G. Bd. 33 S. 141, Bd. 40 S. 97; ebenso neuerdings: R.G. vom 4. Juli 1902 Jur.Woch. 1902 Beilg. S. 250.

14) über Rückwirkung des § 75 H.G.B. auf Rechtsgeschäfte, welche vor Inkrafttreten des H.G.B. abgeschlossen sind, vgl. oben S. 7; Deutsche Jur.Ztg. 1898 S. 304 und 312; Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1898 S. 100; siehe auch Deutsche Jur.Ztg. 1899 S. 116.

15) [Abweichend R.G. 69, 9: es bezeichnet die Verpflichtung, keine Konkurrenz zu machen, als eine klaglose Verbindlichkeit, deren Erfüllung durch das Strafversprechen gesichert werden soll.]

die Lehre treten, so ist damit das Konkurrenzverbot gegenüber Lehrlingen nahezu beseitigt.[16]

Schlechthin verwerflich ist es, Fabrikarbeiter und ähnliche Angestellte durch Konkurrenzverbote fesseln zu wollen.[17]

§ 103. Beschränkungen der Vertragsstrafe.

I. Das römische Recht hatte die Höhe der Vertragsstrafe der freien Vereinbarung der Vertragschließenden überlassen. Dagegen bezogen manche ältere gemeinrechtliche Schriftsteller die Verordnung Justinians,[1] wonach die Interesseforderungen ihre Grenze im Doppelten des Sachwerts der zu leistenden Sache finden sollen, auch auf die Vertragsstrafe.[2] Im Anschluß hieran gestattete das A.L.R. I, 5 § 301, damit Strafe und Schaden proportional seien, die Ermäßigung der höheren Vertragsstrafe auf den doppelten Betrag des unmittelbaren Interesses. Sache des Schuldners war es, die Überschreitung zu behaupten und zu beweisen, da der Gläubiger seinen Anspruch durch Berufung auf das Strafgeding genügend begründet.[3] Der Einwand konnte nicht Platz greifen, wenn die Höhe des Interesses nicht festzustellen ist.[4] Das A.L.R. I, 5 § 304 verbot außerdem, weitere Strafen auf den Fall der Nichterfüllung der Vertragsstrafe zu setzen, ferner die Verzinsung der Strafe vorzubedingen.

Nach dem code civil art. 1231 darf der Richter im Falle teilweis geleisteter Erfüllung die Strafe ermäßigen.

Alle diese Beschränkungen der Vertragsfreiheit hob das alte H.G.B.

---

16) Jedoch unterliegt die Rechtswirksamkeit einer von dem gesetzlichen Vertreter für einen Minderjährigen eingegangenen Konkurrenzklausel keinem Bedenken, O.L.G. Darmstadt Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 255.

17) Kohler, Archiv für ziv. Pr. Bd. 84 S. 1. — Eine analoge Anwendung der §§ 74, 75 H.G.B. auf die der Gewerbeordnung unterliegenden Angestellten ist unzulässig. O.L.G. Karlsruhe in Rechtspr. d. O.L.G. Jahrg. 1 S. 53.

1) L. un. C. de sententiis 7, 47.

2) Lauterbach de contr. emt. 18, 1 äußert: moralistae tradunt hanc poenam et culpam proportionatam esse debere; vgl. Seuffert, Archiv Bd. 11 n. 224; Stobbe-Lehmann Bd. 3 § 218 S. 171.

3) Die Frage war bestritten. Suarez sprach sich nicht eben klar über sie aus, wenn er auch der Meinung gewesen zu sein scheint, daß dem Kläger der Beweis der Angemessenheit der bedungenen Strafe aufzulegen sei. Vgl. Bornemann, Zivilrecht Bd. 2 S. 356. Das Obertribunal hat den allgemeinen Grundsätzen der Beweislast entsprechend dem Beklagten den Beweis der Überschreitung als einer Einrede aufgelegt durch Plenarbeschluß vom 23. Januar 1846. Vgl. Gruchot Bd. 2 S. 145.

4) A.L.R. I, 5 § 302; vgl. R.G. bei Gruchot Bd. 28 S. 901.

Art. 284 bei Handelsgeschäften auf. Überhaupt suchte man der Vertragsfreiheit auch in dieser Hinsicht möglichst Raum zu lassen.

II. Anders wieder das B.G.B.

1. Ein Radikalmittel gibt § 138 Abs. 2. Die übermäßige, unter Ausbeutung der Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns des anderen Teils vereinbarte Vertragsstrafe ist hiernach von Rechts wegen nichtig, auch wenn sie von einem Kaufmann in seinem Handelsgewerbe zugesagt war.[5]

2. Selbst wenn wucherische Ausbeutung nicht vorliegt, verstattet § 343 richterliche Herabsetzung übermäßig hoher Vertragsstrafen.[6] [7] Hierfür ist die Zeit des Urteils maßgebend.[8] Der Fall, in welchem teilweis erfüllt, die Strafe aber ganz verwirkt ist — code civil art. 1231 — gehört besonders hierher.

Jedes berechtigte Interesse, nicht bloß Vermögensinteresse, ist bei der Würdigung der Höhe der Strafe in Betracht zu ziehen.[9]

Der Schuldner kann den Antrag auf Ermäßigung im Wege der Einrede oder durch Klage geltend machen.[10] Notwendig ist, daß die Strafe bereits verwirkt und daß sie noch nicht entrichtet ist.[11]

Dem Schuldner liegt ob, die Gründe anzuführen und zu beweisen, welche die Herabsetzung der Strafe rechtfertigen.[12] Gehört zu diesen

---

5) [Ein interessantes Beispiel Seuff.Arch. Bd. 61 Nr. 197.]

6) Marcus in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1900 S. 18: über die Geltendmachung des Rechts des Schuldners auf richterliche Ermäßigung in den Fällen der §§ 343, 655 B.G.B.; Hölder in Das Recht 1900 S. 161: Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe; Wolf in D.Jur.Ztg. 1901 S. 554; Herabsetzung der Vertragsstrafen bei Abzahlungsgeschäften; Flechtheim bei Gruchot Bd. 44 S. 94 Aufhebungsanspruch und Einrede.

7) Die Herabsetzung der Vertragsstrafe war bereits nach dem Gesetze betr. Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 § 34 Abs. 1 zulässig.

8) [übereinstimmend: Planck und Oertmann Anm. 2 zu § 343; Hölder a. a. O. S. 163; teilweis abweichend: Staudinger Anm. 2 zu § 343, auch R.G. 64, 291, das dem Richter völlig freies Ermessen gewährt.]

9) Vgl. O.L.G. Dresden in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 286; Kammerg. in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1903 S. 82, insbesondere O.L.G. Braunschweig und O.L.G. Dresden R. d. O.L.G. Bd. 8 S. 43.

10) R.G. vom 1. Mai 1903 in D.Jur.Ztg. 1903 S. 429. Anderer Ansicht Obst.L.G. München v. 20. Juni 1902 in Das Recht 1903 S. 153, welches die Geltendmachung im Wege der Widerklage verlangt. Planck Anm. 1 zu § 343. — Vgl. Hellwig, Lehrb. I § 35 [35].

11) Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Die Entrichtung setzt die Fälligkeit der Strafe voraus. Ist demgemäß bei einem Vertrag eine Anzahlung geleistet mit der Vereinbarung, daß bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung die Anzahlung als Vertragsstrafe verfallen sein soll, so ist die Herabsetzung nicht ausgeschlossen. Vgl. R.G. Bd. 38 S. 234; Kamm.Ger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 232.

12) Vgl. O.L.G. Karlsruhe Bad. Rechtspr. 1904 S. 259.

Armut des Schuldners, Reichtum des Gläubigers? Das Recht soll für arm und reich gleich sein.

Den Herabsetzungen unterliegen nicht bloß Geldstrafen, sondern auch Vermögensstrafen anderer Art,[13] ferner auch strafähnliche Versprechen, nicht aber von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ausbedungene Strafen und strafähnliche Versprechen, H.G.B. § 348.

§ 104. Verfallen der Vertragsstrafe.

I. Die Vertragsstrafe soll auf den Willen des Schuldners zu pflichtmäßigem Handeln wirken, ähnlich wie die öffentliche Strafe.[1] Deshalb genügt zu ihrem Verfallen nicht der Umstand, daß dem Vertrage zuwider[2] nicht erfüllt ist,[3] vielmehr ist erforderlich, daß dies dem Schuldner zuzurechnen ist.

1. Das B.G.B. § 339 Satz 1 erkennt dies für Fälle an, in welchen der Hauptanspruch eine positive Handlung zum Inhalt hat, indem es hierbei Verzug des Schuldners zum Verfallen der Strafe fordert. Also ist notwendig:

a) Fälligkeit der Schuld. Die Zeit, in welcher der Gläubiger die Leistung fordern kann, muß herangekommen sein. Es genügt also nicht, daß mit Sicherheit bereits voraussehbar ist, daß die Leistung, z. B. ein Hausbau, nicht fristgemäß vollzogen werden kann.[4]

b) Mahnung des Gläubigers oder Herankommen der bestimmten Kalenderzeit und

---

13) Vgl. Planck Anm. 4; neuerdings ebenfalls übereinstimmend: Staudinger Anm. 7 zu § 343.

1) Eine auf Leistung einer Konventionalstrafe gerichtete Klage ist abzuweisen, wenn zur Zeit der Erhebung der Klage die Vertragsstrafe nicht verfallen war, mag immerhin im Laufe des Rechtsstreits der Verfall der Strafe eingetreten sein. R.G. v. 28. Sept. 1901 Jur.Woch. 1901 S. 750 n. 4.

2) Ist ein Teil vom Vertrage zurückgetreten, so kann er die Vertragsstrafe nicht mehr beanspruchen, da der Anspruch auf Vertragsstrafe auf dem Vertrage beruht. Doch ist stets zu prüfen, ob der den Rücktritt Erklärende unter Rücktritt etwa nur die Aufgabe des Erfüllungsanspruchs gemeint hat, und dies auch nach Lage des Falls dem Gegenkontrahenten erkennbar war. In solchem Falle wäre freilich der Anspruch auf Vertragsstrafe nicht verloren. Bolze Bd. 3 n. 527.

3) Stehen gegenseitige Verbindlichkeiten unter Vertragsstrafe, so steht jedem der Beteiligten wegen Vertragsverletzung des Gegners der Anspruch auf die Strafe zu. Eine Aufrechnung kann eintreten. Badische Annalen Bd. 50 S. 23; Puchelt-Heinsheimer Zeitschr. f. franz. Recht Bd. 15 S. 384.

4) Die Frage war unter den römischen Juristen streitig, vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 46 Anm. 8; Kohler im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 84 S. 29.

c) daß der Schuldner die Nichtleistung oder die nicht rechtzeitige Leistung zu vertreten hat.[5]

Daher können unerwartete Streiks der Arbeiter, außergewöhnlicher Mangel an Transportmitteln der Eisenbahn das Verfallen der Strafe abwenden. Der Beweis des Entschuldigungsgrundes liegt dem Schuldner ob.

2. Bei Unterlassungen soll dagegen nach § 339 Satz 2 die Strafe schlechthin verwirkt sein, falls Zuwiderhandlung eintritt.[6] [7] Da das Gesetz nicht unterscheidet, kommt es hier nicht darauf an, ob die Zuwiderhandlung dem Schuldner subjektiv zuzurechnen ist oder nicht.[8]

Dennoch ist nach Treu und Glauben anzunehmen, daß die Strafe wenigstens dann nicht verfällt, wenn der Gläubiger selbst die Zuwiderhandlung verschuldet,[9] ferner wenn diese durch höhere Pflichten geboten war, z. B. auf Befehl eines Oberen, dem man schlechthin zu gehorchen hatte oder behufs Rettung eines Menschen.[10] [11]

II. Die Vertragsstrafe soll vollständige Erfüllung bewirken.

Daher wird die Strafe in der Regel ganz verwirkt, wenn nur unvollständig geleistet ist.

---

5) Vgl. oben §§ 67 ff. [Ob der Anspruch auf eine vor der Konkurseröffnung versprochene Vertragsstrafe im Konkurse geltend gemacht werden kann vgl. Jäger, Kommentar zur K.O. zu § 3 und § 62 Nr. 2 und die dort Angeführten. Über Vertragsstrafen im Versicherungsrecht § 6 Ges. über den Versicherungsvertrag und Schneider im Kommentar zu diesem Gesetz.]

6) L. 122 § 6 D. de V. O. 45, 1. Die Zuwiderhandlung muß eine bewußte und frei gewollte sein. Obst.L.G. München in Seufferts Arch. Bd. 56 S. 442 n. 245.

7) Eine Vertragsstrafe zur Sicherung eines Konkurrenzausschlußvertrags — oben § 101 III. 5 — ist verfallen, wenn der Verpflichtete Zuwiderhandlungen Dritter hervorruft und unterstützt, so wenn der Vater durch den Sohn, der Ehemann durch die Ehefrau ein Konkurrenzgeschäft führen läßt. In ähnlicher Weise würde eine Firma eine Zuwiderhandlung begehen, wenn sie sich im Besitze des überwiegenden Teils des Aktienkapitals befindet und den ihr dadurch begründeten maßgebenden Einfluß dazu benutzt, den verbotenen Vertrieb durch die Aktiengesellschaft ausführen zu lassen. R.G. vom 2. Juli 1902 in Jur.Woch. 1902 Beilg. 11 S. 264.

8) Übereinstimmend: R.G. v. 6. Juni 1903 Bd. 55 S. 78, Planck Anm. 2 zu § 339; dagegen Staudinger Anm. 4 zu § 339 vgl. auch dort Angef.

9) Vgl. hierzu die entsprechende Vorschrift des § 75 Abs. 1 des H.G.B.

10) Anders Cosack Bd. 1 § 92 Anm. 7; Planck Anm. 2 zu § 339; übereinstimmend: Staudinger Anm. 4 zu § 339.

11) Ist die Nichterfüllung des Vertrags auf Handlungen oder Unterlassungen des Gläubigers zurückzuführen, so kann er in der Regel die Vertragsstrafe nicht fordern nach Seuffert, Arch. Bd. 21 n. 227, Bd. 22, n. 127; O. Trib. Bd. 34 S. 71; R.O.H.G. Bd. 22 S. 168; Jur.Woch. 1885 S. 336 n 21; Bolze Bd. 4 S. 178 n. 589; O.L.G. Karlsruhe in Bad. Rechtsprax. 1901 S. 101.

III. Die Vertragsstrafe soll die Befriedigung des Gläubigers herbeiführen. Doppelte Befriedigung soll sie ihm nicht verschaffen. In diesem Sinne sind die Bestimmungen der §§ 340—342 getroffen.[12]

Zu unterscheiden ist die Strafe, welche für den Fall der Nichterfüllung und diejenige, welche für die nicht gehörige Erfüllung vereinbart ist.

1. Die Strafe ist *für den Fall der Nichterfüllung* bedungen. Ihr Verfallen nimmt dem Gläubiger das Recht nicht, vertragsgemäß die Hauptleistung zu fordern. Wenn der Gläubiger aber einmal die Strafe wegen der Nichterfüllung gefordert hat, so kann er die *Erfüllung der Hauptleistung* nicht mehr beanspruchen. Er ist fortan von ihr durch Einrede ausgeschlossen, ohne Unterschied, ob er die Strafe gerichtlich oder außergerichtlich, mündlich oder schriftlich verlangt hat, § 340 Abs. 1.

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf *Schadensersatz wegen Nichterfüllung* zu, und beanspruchte er die wegen der Nichterfüllung verwirkte *Geldstrafe*, so wird diese als Mindestbetrag seines Schadens behandelt. Die Geltendmachung weiteren Schadens ist daneben nicht ausgeschlossen, § 340 Abs. 2. Besteht die Strafe aber *nicht in Geld*, so ist der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt. Auch in dieser Hinsicht kommt es nicht darauf an, in welcher Form das Verlangen gegenüber dem Schuldner erklärt ist, § 342.

[Doch kann der frühere Prinzipal des Handlungsgehilfen, der eine Strafe für den Fall versprochen hat, daß er seine in der Konkurrenzklausel übernommene Verpflichtung nicht erfüllt, nur die Strafe, nicht dagegen Erfüllung oder Ersatz eines weiteren Schadens beanspruchen.][13]

2. War die Strafe für den Fall versprochen, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit *nicht in gehöriger Weise, insbesondere daß er sie nicht rechtzeitig erfüllt*, so kann der Gläubiger deren Erfüllung und außerdem die verwirkte Strafe verlangen.

In diesem Falle konkurriert die Strafe nur mit dem *akzessorischen, insbesondere dem Zögerungsinteresse*.

Die verwirkte *Geldstrafe* wird als Mindestbetrag des akzessorischen Interesses angesehen.

---

12) E. I §§ 420, 421; Mot. Bd. 2 S. 275; Kom.Prot. Bd. 1 S. 766, Bd. 6 S. 157.

13) Vgl. R.G. 69, 9.

Soweit dieses höher ist, kann das Mehr außerdem gefordert werden, § 341 Abs. 2. Geht die Strafe auf etwas anderes als Geld, so verliert der Gläubiger, welcher die Strafe verlangt, das Recht der Geltendmachung des akzessorischen Interesses.

IV. Die Erfüllung der Schuld beeinträchtigt an sich den Anspruch des Gläubigers auf die wegen verspäteter oder nicht gehöriger Leistung verwirkte Vertragsstrafe nicht. Aber nach dem Vorgang einer gemeinrechtlich häufig verteidigten, im A.L.R. I, 5 § 307 [14] angenommenen Auffassung fällt er weg, wenn der Gläubiger die als „Erfüllung" der Vertragspflicht angebotene Hauptleistung als Erfüllung [15] annimmt, ohne sich das Recht auf die Strafe vorzubehalten, § 341 Abs. 3.[16]

Denn die Erfüllung soll das Dahinterliegende möglichst abtun.[17]

Der Vorbehalt muß „bei der Annahme" erfolgen, doch wird ein früherer Vorbehalt, wenn nicht zurückgenommen, als fortwirkend anzusehen sein.[18] Keineswegs muß der Vorbehalt ausdrücklich sein.[19] Auch unbedingt muß er nicht gerade sein.

Erfolgt die Erfüllung durch einen Bevollmächtigten, z. B. einen Handlungsbevollmächtigten, so ist der Vorbehalt ihm gegenüber zu erklären. Geschieht sie durch einen bloßen Gehilfen, z. B. Frachtführer, Post, Boten, so muß er unverzüglich gegenüber dem Geschäftsherrn er-

---

14) Vgl. für das bisherige preußische Recht Gruchot Bd. 37 S. 1256; Jur.Woch. 1881 S. 197, 1893 S. 241 n. 30.

15) [O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 42. Die Annahme kann auch stillschweigend durch das Verhalten bei und nach der Hinnahme erklärt werden R.G. v. 22. April 1904 Bd. 57 S. 338. — In der Benutzung hergestellter Baulichkeiten ist eine Annahme zu finden. O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 441.]

16) Ein Rechtssatz aber, daß derjenige, dem der Anspruch auf Vertragsstrafe zusteht, diesen Anspruch alsdann verliert, wenn er seinerseits weitere Erfüllung dem Gegenkontrahenten gewährt, besteht nicht, Jur.Woch. 1896 S. 379 n. 49.

17) Es muß sich um die vollständige Erfüllung handeln. Annahme einer Abschlagszahlung steht nicht gleich. [Vielmehr braucht in einem solchen Falle der Vorbehalt auf die Vertragsstrafe erst bei der Annahme der Schlußzahlung erklärt zu werden. Unterbleibt diese, so wird die Berechtigung, die Vertragsstrafe zu verlangen, durch die vorbehaltlose Annahme der früheren Teilleistungen nicht berührt. O.L.G. Breslau Recht 1903 S. 291.]

18) [A. M. mit Recht R.G. 57, 337 und 59 S. 378, auch R.G. v. 20. Jan. 1907 in Seuff. Arch. 62 n. 135.]

19) [Es bedarf jedoch einer äußeren Kundgebung des auf Erhaltung des Anspruchs auf die Vertragsstrafe gerichteten Willens. Das bloße Vorhandensein eines solchen Willens genügt auch dann nicht, wenn es aus den sonstigen Umständen des Falls zu entnehmen sein sollte. R.G. v. 30. Mai 1905 Jur.Woch. 1905 S. 428.]

klärt werden.[20] Erklärung an den Gehilfen hat nur Wirkung, wenn dieser den Vorbehalt dem Geschäftsherrn mitteilt.

Ist der Empfänger gesetzlicher Vertreter des Gläubigers, Prokurist oder sonst zur Annahme selbständig bevollmächtigt, so hat er den Vorbehalt einzulegen. War der Empfänger bloß zur tatsächlichen Annahme befugt, z. B. ein Hausdiener, so hat der Geschäftsherr den Vorbehalt zu erklären, sobald er von dem Empfange Kunde erhält.

Treibt der Gläubiger die Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung bei, so bedarf es des Vorbehalts der Strafe nicht. Denn hierin liegt keine Annahme.

Der Gläubiger ist befugt, den Vorbehalt in die Quittung über die Leistung aufzunehmen.

Der Verpflichtete hat, um den Anspruch auf die Strafe abzuwehren, die Annahme der Hauptleistung durch den Gläubiger darzutun; dieser hat die Einlegung des Vorbehalts zu beweisen.[21]

Sechstes Kapitel.

Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§ 105. Die Verträge zugunsten Dritter im allgemeinen.[1]

I. Der dritte Titel des zweiten Abschnitts ist überschrieben: Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Derartige Geschäfte haben aber nur tatsächlich etwas Gemeinsames. Es wird hiermit die Stelle bezeichnet, bei welcher die Leistung zu machen ist. Rechtliche Eigenart haben nur die sog. Verträge zugunsten Dritter, aus welchen der Dritte selbständig Gläubiger und klageberechtigt wird.

II. Das römische Recht wies grundsätzlich solche Verträge zurück.[2] Nur im eigenen Interesse konnte man stipulieren. Verträge zugunsten

---

20) Bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft ist dem Käufer nach § 377 H.G.B. eine Frist zur Prüfung und Untersuchung der Ware gegeben. Wenn er innerhalb dieser Frist die wegen verspäteter Lieferung festgesetzte Vertragsstrafe nach erfolgter Untersuchung der Ware verlangt, ist der Vorbehalt rechtzeitig erklärt. O.L.G. Hamburg v. 17. Juni 1901 in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 285, auch Seufferts Arch. Bd. 57 S. 6 n. 4.

21) R.G. v. 26. Januar 1903 Bd. 53 S. 358.

1) Vgl. über das ältere Recht namentlich Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter 1873; Bähr, Urteile des R.G. S. 70; Regelsberger im Archiv f. zib. Praxis Bd. 67 n. 1 und Bähr das. n. 5. — über das B.G.B. Stammler § 49 S. 165, Deutsche Jur.Zeit. 1902 S. 240; Cosack I § 96, vor allem aber Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899; Kipp in Iherings Jahrb. Bd. 36 S. 353; vgl. auch Dniestrzánski, Aufträge zugunsten Dritter. Leipzig 1905. Kohler Lehrbuch II S. 255 ff.

2) L. 11 D. de obl. et act. 44,7, l. 38 § 17 D. de V. O. 45, 1.

Dritter waren ungültig, denn der Stipulant ermangelte des Interesses, welches man für die Klage forderte, dem Dritten aber fehlte die Befugnis, aus dem fremden Geschäfte Klage zu erheben.[3] Ihm stand entgegen, daß der Vertrag res inter alios acta war. Von diesen Sätzen kannte das römische Recht nur vereinzelte Ausnahmen.[4]

Das deutsche Recht war weitherziger. Man hat für Weib und Kind und für andere, die uns nahestehen, zu sorgen. Warum soll man ihnen nicht selbständige Gläubigerrechte durch seine Verträge verschaffen?

Schon das ältere deutsche Recht erkannte Verträge zugunsten Dritter an,[5] dies hat sich in Deutschland erhalten.

Verträge zugunsten Dritter beruhen *nicht* auf *Stellvertretung*. Man handelt *in eigenem Namen*. Man hat daher auch die Opfer, welche regelmäßig für die bedungenen Vorteile zu bringen sind, aus eigenen Mitteln zu bestreiten. Man schließt den Vertrag nicht auf Grund einer Vollmacht und auch nicht als unbeauftragter Geschäftsführer, so daß die Genehmigung des Dritten erforderlich wäre, um den Vertrag zustande zu bringen.[6]

III. Die Konstruktion des Vertrags zugunsten Dritter machte den älteren romanistisch gebildeten Juristen Sorge. Der Grundsatz, daß fremde Geschäfte nicht ohne weiteres Dritten Rechte geben können, schien zu natürlich!

Daher forderten die Juristen einen *Beitritt* zum Vertrage durch den Dritten auf Aufforderung der Vertragsschließenden,[7] mindestens des Versprechensempfängers.

Dies ging in die modernen Gesetzgebungen über, den code civil art. 1121, das A.L.R. I, 5 § 75, auch Sächs. B.G.B. § 853.

Aber gerade im preußischen Recht litt dies System Schiffbruch. Bei den *Gutsüberlassungsverträgen* werden gewöhnlich Abfindungen für die Miterben des Gutsübernehmers ausbedungen, und wenn dann die Abfindlinge, wie häufig, nicht besonders zum Beitritt

---

3) L 26 C. de jure dotium 5, 12.

4) *Über die einzelnen Fälle* vgl. Gareis a. a. O. S. 53; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 18. — Vgl. jedoch Hellwig, Verträge S. 37 ff.

5) Nach Brunner in Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 1 S. 253 kennt das deutsche Recht Verträge zugunsten Dritter schon in der fränkischen Zeit. vgl. Brunner in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 22 S. 96 ff.

6) [R. Leonhard: Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten. 1892.]

7) Vgl. die Dogmengeschichte bei Gareis S. 58. Zuerst Hugo Grotius de jure belli et pacis lib. II cap. 9 n. 18 und 19 nach Gareis S. 70.

aufgefordert waren, sollten sie nach dem Tode des Gutsüberlassers nicht auf ihre Abfindung klagen können? Sehr gezwungen wußte sich die preußische Rechtsprechung zu helfen. Der Vater, der Ehemann, welcher die Abfindungen ausbedungen hatte, sollte als Vertreter der Abfindlinge gelten und als Vater und Ehemann zu solcher Vertretung ermächtigt sein. Ähnliches nahm man dann auch bei Lebensversicherungen zugunsten anderer Angehöriger an.[8]

Die neuere gemeinrechtliche Praxis, nicht durch positives Gesetz eingeengt, sah von Aufforderung zum Beitritt und Beitritt des Dritten ab. Man erklärte also den Vertrag zugunsten des Dritten als nach deutschem Recht ausreichend, um dem Dritten ein selbständiges Klagerecht zu verschaffen.

IV. Damit entstand indessen eine neue Schwierigkeit. Wie soll der Vertrag zugunsten Dritter, aus welchem für den Dritten *selbständige Gläubigerrechte entspringen*, von dem Versprechen der Leistung an den Dritten unterschieden werden, bei welchem der Dritte *bloß die Stelle bezeichnet, an welcher zu leisten ist*?

Man antwortete: das ergibt sich aus Absicht und Willen der Vertragschließenden. Aber hierüber wird fast nie beim Vertragsschluß etwas ausgesprochen. Die Vertragschließenden ordnen den Inhalt der Parteiverpflichtungen und sehen deren Erfüllung vertrauensvoll entgegen; wer das Klagerecht haben soll, wenn nicht erfüllt wird, darüber bestimmen sie fast nie etwas.[9]

Die Zwecke des Vertrags, vor allem aber die Übung der Rechtsprechung gaben der Praxis an die Hand, welche Versprechen der Leistung

---

8) Plenarbeschluß des O. Trib. v. 25. August 1846, Entsch. Bd. 14 S. 69. Den *Rechtssatz*, nicht die Begründung des O. Trib. übernahm R.G. Bd. 2 S. 272, Bd. 29 S. 173. Die Begründung war gegenüber dem Gesetz ein Notbehelf für den Rechtssatz gewesen; nachdem sich dieser in der Praxis fest eingebürgert hatte, ließ man den Notbehelf fallen.

9) Bei der Beratung des § 328 in der II. Kommission war beantragt worden, zu bestimmen, daß die unmittelbare Berechtigung des Dritten im Zweifel als gewollt anzunehmen sei, wenn der Versprechende durch die Vereinbarung eine Fürsorge für den Dritten bezwecke. Dies wurde abgelehnt. Hiernach vermag ein Vertrag einer Gemeinde mit einem Unternehmer auf Zuführung von Wasser zur Versorgung der Gemeindemitglieder einen Anspruch dieser gegen den Unternehmer auf Wasserlieferung nicht zu begründen. Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 474. Ebensowenig gewährt ein Versicherungsvertrag zwischen einer Gemeinde und einer Versicherungsgesellschaft zugunsten der Gemeindebeamten den letzteren ein Klagerecht. R.G. v. 10. Febr. 1905 Bd. 60 S. 141.

an Dritte als Verträge zugunsten des Dritten zu gelten haben, so daß dieser einen selbständigen Klageanspruch erhält.

§ 106. Die Fälle des Vertrags zugunsten Dritter nach B.G.B.

I. Das B.G.B. §§ 328 ff.[1] schließt sich der neueren Entwicklung des gemeinen Rechts an.

Der Dritte kann also bloß Leistungsstelle oder selbständig klagberechtigt sein. Er kann dies Recht sofort und unwiderruflich mit dem Vertrag erlangen, es kann auch von weiteren Tatsachen abhängig sein. Die Vertragschließenden oder der Versprechensempfänger können auch die Befugnis erhalten, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern, § 328 Abs. 1.

II. Damit eröffnet das Gesetz bloß Möglichkeiten.

Welche rechtliche Bedeutung ein Versprechen auf Leistung an einen Dritten im Einzelfall hat, hängt zunächst von den besonderen Vereinbarungen der Beteiligten ab. In Ermangelung solcher — und Vereinbarungen werden bezüglich der Frage höchst selten getroffen — entscheidet, was nach der Auffassung des Verkehrs und des Rechtslebens bei Geschäften der einschlagenden Art üblich ist.[2]

Ein selbständiges Klagerecht hat der Dritte namentlich dann, wenn die Leistung an ihn bloß in seinem Interesse festgesetzt ist.[3] [Da er unmittelbar erwirbt, ist er nicht Rechtsnachfolger des Versprechenden. Daher kann dieser nicht mit Forderungen aufrechnen, die ihm gegen den Versprechensempfänger zustehen.]

III. Praktisch werden vorzugsweise die Vermutungen in das Gewicht fallen, welche das B.G.B. in den §§ 329—331 aufstellt.

1. Verpflichtet man sich, Schulden eines anderen zu berichtigen, ohne daß man die Schuld gegenüber dem Gläubiger übernimmt, so erwächst nach § 329 dem Gläubiger im Zweifel ein unmittelbares Klagerecht gegen den Versprechenden nicht.[4]

Natürlich! Seinen Gläubigern Wohltaten zu erzeigen, ist nicht jedermanns Sache. Oft soll auch der Versprechende zugleich durch seine Vermittelung den Gläubiger tunlichst zu Nachlässen bestimmen. Das wäre vereitelt, wenn der Gläubiger ein Klagerecht gegen ihn erlangte.

---

1) E. I § 412; Mot. Bd. 2 S. 265; Prot. Bd. 1 S. 749, S. 757, S. 761.
2) Ähnlich R.G. v. 16. Oktober 1905 Jur.Woch. 1905 S. 717.
3) Hellwig a. a. O. S. 151.
4) [Auch nicht im Falle der Übernahme eines ganzen Vermögens. § 419 B.G.B. R.G. 69, 416. Einen Fall, in dem Vertrag zugunsten eines Dritten doch angenommen wurde, behandelt R.G. 65 S. 164.]

Wenn aber jemand nach fernen Landen auswandert und seinem Bevollmächtigten eine Summe aushändigt, um seine zurückbleibenden Gläubiger zu befriedigen, so wird oft als Absicht zu unterstellen sein, daß die Gläubiger ein unmittelbares Klagerecht gegen den Bevollmächtigten erlangen sollen. Da § 329 nur im Zweifel Anwendung finden soll, so steht dem nichts entgegen.[5]

2. Der Dritte erhält im Zweifel nach § 330 ein unmittelbares Klagerecht

a) wenn in einem Lebensversicherungsvertrag[6] oder Leibrentenvertrage Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an den Dritten bedungen ist.

Dabei ist vorzugsweise an eine unentgeltliche Zuwendung an den Dritten gedacht.[7] [8]

b) Wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt wird, gilt der Dritte gleichfalls als unmittelbar klageberechtigt.

Hierbei ist vollends offenbar, daß die Vermutung nur für Fälle einer unentgeltlichen Zuwendung an den Dritten bestimmt ist.[9]

c) Endlich ist der Dritte auch dann selbständig berechtigt, wenn bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme die Leistung an ihn zum Zwecke der Abfindung für mögliche Erb- oder Unterhaltsansprüche versprochen ist.

IV. Nach H.G.B. § 435 ist der in dem Frachtbriefe bestimmte Adressat einer Frachtsendung nach Ankunft des Guts am Orte der Ablieferung berechtigt, die durch den Frachtvertrag begründeten Rechte gegen Erfüllung der hieraus sich ergebenden Verpflichtungen in eigenem Namen

---

5) Hellbach in Das Recht 1903 S. 546, Klagantrag bei der Erfüllungsübernahme.

6) Vgl. Hilse in Zeitschr. f. Versicherungsrecht Bd. 5 S. 237; Fuld das. Bd. 5 S. 965; Ehrenberg in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 341; Bendix in Zeitschrift f. d. ges. Versich.-Wissensch. Bd. 3 Heft 5.

7) Hellwig a. a. O. S. 154.

8) Nicht selten ist bei Lebensversicherungen die Person des Begünstigten zweifelhaft. [Jetzt maßgebend die Bestimmungen des Gesetzes über den Versicherungsvertrag v. 30. Mai 1908 insbes. § 167. Der Dritte erwirbt unmittelbar auf Grund des Vertrags, die Versicherungssumme gehört daher nicht zum Nachlasse des Versicherungsnehmers. R.G. 51, 404 und in Seuff.Arch. 58 Nr. 120.] Die Versicherungssumme kann demnach niemals von den Nachlaßgläubigern in Anspruch genommen werden. Nur selten wird die Versicherungssumme zur Vermehrung des Nachlasses bestimmt sein. R.G. Bd. 32 S. 162 in Jur.Woch. 1900 S. 496 n. 9. über die Versicherung zugunsten des Inhabers der Polize vgl. R.G. Bd. 16 S. 126.

9) Hellwig a. a. O. S. 155.

gegen den Frachtführer geltend zu machen, ohne Unterschied, ob er hierbei in eigenem oder fremdem Interesse handelt.[10] [11]

Der tiefere Grund dieser Bestimmung ist — Hellwig a. a. O. S. 152 —, daß es hier wegen der Verschiedenheit des Ablieferungsortes von dem Aufgabeort in der Regel für den Absender von Interesse ist, wenn der am Orte befindliche Adressat gegenüber dem Transporteur nicht nur als zum Empfang ermächtigt, sondern auch als Forderungsberechtigter auftreten kann und somit in der Lage ist, mit seinen Interessen die Interessen des Absenders zu wahren.[12]

§ 107. Rechtsverhältnisse infolge des Vertrags zugunsten Dritter.

I. Der Erwerb des Dritten tritt unmittelbar mit dem Abschlusse des Vertrags zu seinen Gunsten ein. Ist das bedungene Recht betagt oder bedingt, so erwirbt er es von jenem Zeitpunkt an als betagtes oder bedingtes.[1]

Der Erwerb des Dritten wird häufig noch von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht sein.[2] Vor deren Eintritt kann eine bloße Inaussichtnahme künftigen Erwerbs vorliegen; der Erwerb kann sich aber auch mit dem Vertragsschluß als aufschiebend bedingter vollziehen.

Widerruf des Rechts durch die Vertragsschließenden, insbesondere auch selbständig durch den Versprechensempfänger, kann gleichfalls vorbehalten sein.

II. Wie sich hiernach das Recht des Dritten im Einzelfalle gestaltet, ist nach den Vereinbarungen, in zweiter Linie den Zwecken und der Art des Geschäfts gemäß zu bemessen.

---

10) Hellwig a. a. O. S. 476; Rundnagel in Eisenbahnr. Entschdg. u. Abhandlg. Bd. 19 Heft 3 der Frachtvertrag der Eisenbahnverkehrsordnung als Vertrag zugunsten Dritter; vgl. auch Leutke, Das Verfügungsrecht beim Frachtgeschäft unter besonderer Berücksichtigung des Postfrachtgeschäfts 1905.

11) Nach Art. 12 Abs. 1 des Einf.Ges. zum H.G.B. gelten die Bestimmungen auch für die Binnenschiffahrt.

12) Gilt dies auch für Postsendungen, insbesondere für Geldbriefe? Können sie von Gläubigern des Adressaten nach dem Einlauf bei dessen Postanstalt gepfändet werden? Das R.G. hat dies Bd. 43 S. 98; Seuff.Arch. Bd. 57 S. 270 sowie am 12. Januar 1904 Bd. 60 S. 24 auf Grund des § 6 des Postgesetzes v. 28. Oktober 1871 und des § 35 der Postordnung verneint. Anderer Ansicht Hellwig a. a. O. S. 516, Staudinger Anm. 3 zu § 325. Vgl. Schlegelberger in D.Jur.Ztg. 1901 S. 69: Hat der Adressat eines Geldbriefes nach dessen Ankunft am Bestimmungsort gegen die Postanstalt einen Anspruch auf Auslieferung?“

1) Hellwig a. a. O. S. 211.

2) Der Anspruch des Dritten kann für den Fall eines Streites einem schiedsrichterlichen Verfahren unterworfen werden. R.G. v. 12. Febr. 1901 in Jur.Woch. 1901 S. 207 n. 7.

Das B.G.B. stellt für einige Fälle Vermutungen auf.

1. Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel erst mit diesem Tode, § 331 Abs. 1.

Vorher hat also der Dritte nur eine Hoffnung, kein bedingtes Recht.

Die Folge ist, daß die Vertragschließenden bis zum Tode des Versprechensempfängers durch Änderung ihres Vertrags das Recht des Dritten vereiteln können, auch wenn dies nicht besonders vorbehalten war.

Eine weitere Folge ist, daß die Erben des Dritten keinen Anspruch haben, wenn dieser vor dem Versprechensempfänger stirbt.

Auf Versicherungen zugunsten Dritter ist dies allgemein anzuwenden.

Muß man aber nicht für Abfindungen bei Gutsüberlassungsverträgen, welche das Erbteil des Abfindlings ersetzen sollen, sagen, daß umgekehrt der Übergang auf den Erben des Abfindlings unzweifelhaft ist? Dies ist entschieden anzunehmen.[3]

Soweit die Abfindung das Erbteil ersetzen soll, muß sie wie ein solches den Erben des Abfindlings zugute kommen. Die entgegengesetzte Behandlung wäre hart und kann nicht als Absicht des Gutsüberlassers erachtet werden.

2. Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten,[4] so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch von den Erben aufgehoben werden, wenn die Befugnis dazu besonders vorbehalten wurde, § 331 Abs. 2.

3. Hat sich der Versprechensempfänger vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden — insbesondere des Versicherers —, das Recht des Dritten aufzuheben, so wird dies in der Regel durch eine Mitteilung an den Versprechenden zu geschehen haben.[5] Dies entspricht der Natur und den Zwecken des Geschäfts.

Die seitens des Versprechensempfängers vorbehaltene Ersetzung des begünstigten Dritten durch einen anderen kann mittels Verfügung von Todes wegen geschehen, §'332; vgl. § 166 Ges. über den Versicherungsvertrag.

---

3) Ebenso Planck Anm. 1 zu § 331. Anders Hellwig a. a. O. S. 217.

4) [Ob der ungeborene Dritte zur Zeit der Erteilung des Versprechens bereits erzeugt ist oder nicht, ist bedeutungslos. Kammerg. Rechtspr. d. O.-L.G. Bd. 10 S. 72. R.G. 65 S. 280.]

5) Vgl. Planck S. 170.

III. Das Recht des Dritten ist davon abhängig, daß der Vertrag, welcher das Versprechen zu seinen Gunsten enthält, nach Form,[6] Inhalt und Geschäftsfähigkeit gültig ist. Ist der Vertrag nichtig, z. B. als unsittlich, wucherisch, so erlangt auch der Dritte kein Recht. Das gleiche gilt, wenn der Vertrag gegenüber dem Versprechensempfänger wegen Irrtums, Täuschung, Drohung angefochten und infolgedessen vernichtet wird.[7]

IV. Der Erwerb des Dritten vollzieht sich ohne dessen Wissen und Willen.

Es kommt folgerecht hierfür nichts darauf an, ob der Dritte geschäftsfähig ist oder nicht.[8]

Der Erwerb wird endgültig, wenn er den Anfall, sei es ausdrücklich, sei es durch schlüssige Handlungen, angenommen hat.

So lange dies nicht geschah, steht dem Dritten Zurückweisung offen. Sie muß gegenüber dem Versprechenden geschehen, § 333. Zurückweisung gegenüber dem Versprechensempfänger ist also unwirksam.

V. Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegen den Dritten zu, § 334.[9]

Dies gilt bei gegenseitigen Verträgen, namentlich für die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, sowie für die Einwendungen, welche aus der Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Versprechensempfängers hergeleitet werden.

VI. Nicht bloß der Dritte hat das Klagerecht aus dem Vertrage zu seinen Gunsten; auch der Versprechensempfänger selbst kann, sofern sich nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden ergibt, auf Leistung an den Dritten klagen, § 335. [Nicht nur auf Erfüllung, sondern auch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Dritte klagen. Daneben kann der Versprechensempfänger sein eigenes Interesse beanspruchen.]

---

6) Wenn dem Dritten ein Recht auf Eigentumserwerb eines Grundstücks eingeräumt werden soll, muß z. B. die gerichtliche oder notarielle Form gemäß § 313 B.G.B. beobachtet sein; vgl. jedoch Bayr. Obst.L.G. v. 25. Nov. 1904 Seuff.Arch. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 124.

7) Hat der durch den Vertrag begünstigte Dritte den Betrug oder die Drohung verübt, so ist er als Gläubiger kein „Dritter" im Sinne des § 123 Abs. 2. Anderer Ansicht Staudinger Anm. 2 a zu § 334.

8) Wie steht es mit dem Vertrage zugunsten einer noch nicht geborenen Person? Aus B.G.B. § 1 scheint sich zu ergeben, daß der Dritte von seiner Geburt an erwirbt; doch vgl. § 331 Abs. 2; siehe auch § 2101 Abs. 2.

9) [S. darüber jetzt Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, 1904 S. 134 ff. Rümelin Archiv f. ziv. Praxis 97 S. 285 ff.]

Da der Kontrahent nur Leistung an den Dritten fordern kann, ist er nicht Gesamtgläubiger, § 428. Er kann aus eigenem Rechte die Vertretung des Dritten in Ansehung der Durchführung des Anspruchs wahrnehmen.[10]

VII. Der Dritte kann vom Versprechensempfänger wie dem Versprechenden Einsicht der in deren Besitz befindlichen Vertragsurkunde nach § 810 verlangen, sowie ihm das Recht angefallen ist.

Er erwirbt das Eigentum an der dem Versprechensempfänger ausgestellten Schuldurkunde nach § 952 dann, wenn aus ihr dem Versprechensempfänger keine Rechte mehr zustehen.[11]

VIII. Erwirbt der Dritte das ihm Zugedachte nicht oder weist er den Anfall zurück, so entsteht die Frage, ob der Versprechensempfänger die Leistung zu seinen Gunsten beanspruchen kann.[12] Dies wird in der Regel der Vertragsabsicht entsprechen, wenn der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten gegen Entgelt ausbedungen hat. Hat er eine Schenkung mit der Auflage einer Leistung an einen Dritten vorgenommen, so wird es meist der Vertragsabsicht gemäß sein, daß das dem Dritten Bestimmte dem Beschenkten verbleibt.

Siebentes Kapitel.

Das Rücktrittsrecht.

§ 108. Das Rücktrittsrecht im allgemeinen.[1]

I. Aus verschiedenen Gründen und zu verschiedenen Zwecken behalten sich Vertragschließende ein Rücktrittsrecht vor.

Oft fehlt noch der endgültige Entschluß, das Geschäft zu verwirklichen, der Käufer z. B. will erst eines Dritten Meinung über den Kauf hören, und der Verkäufer gesteht ihm den Rücktritt zu, um das

---

10) übereinstimmend: Planck Anm. 1 zu § 335. Anderer Ansicht Hellwig a. a. O. § 47.

11) übereinstimmend: Planck Anm. 5 und Staudinger Anm. 6 zu § 328. Infolgedessen erwirbt derjenige, zu dessen Gunsten ein anderer Geld bei einer Sparkasse einzahlt, durch diese einseitige Handlung noch kein Eigentumsrecht an dem Sparkassenbuch oder am darin verbrieften Guthaben. R.G. v. 10. Februar 1905 Recht 1906 S. 48 n. 20.

12) Vgl. Planck S. 175.

1) Wendt, Neuverträge 1879 Heft 2; Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 487: Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. II, 1 S. 197; Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 33 S. 367; Kretschmar, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 82 S. 127; Hruza, sächs. Archiv Bd. 5 S. 70; Stammler S. 88 und 129; Dietz in Bad. Annalen Bd. 65 S. 26. Oertmann, Das Rücktrittsrecht in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 1904 Nr. 4. Kisch Unmöglichkeit S. 134 ff. Littmann, Das Rücktrittsrecht, 1902. Jetzt auch Kohler: Lehrb. II S. 178 ff.

Geschäft überhaupt zustande zu bringen, hoffend, daß der Käufer von dem Vorbehalte keinen Gebrauch machen wird.

Nicht selten ist Vorbehalt des Rücktritts gegen ein Reugeld, um die Gefahren einer Spekulation zu begrenzen.[2]

Häufig behält man sich den Rücktritt für den Fall vor, daß das Geschäft von der anderen Seite nicht erfüllt wird. Dahin gehört nach § 360 die sog. kassatorische Klausel, nämlich die Vereinbarung, daß der andere Teil seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verpflichtungen nicht rechtzeitig erfüllt.

Bildet ein zweiseitiger Vertrag ein sog. Fixgeschäft, bei welchem abredegemäß die Leistung des einen Teils genau zu einer fest bestimmten Zeit oder binnen bestimmter Frist bewirkt werden und hierin ein wesentlicher Bestandteil der Leistung liegen[3] soll, so gilt im Zweifel das Rücktrittsrecht für den Fall der Nichteinhaltung der Zeit vereinbart, § 361.[4]

Für den Handelskauf, welcher ein Fixgeschäft bildet, gelten die besonderen Bestimmungen des H.G.B. § 376.

II. Zahlreich sind die Fälle gesetzlichen Rücktrittsrechts nach B.G.B. Dies namentlich bei gegenseitigen Verträgen, wenn der Leistungspflichtige die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten hat oder in Verzug mit der Leistung ist, § 327. Auch die Wandlung wegen Mängel der Kaufsache, § 462, gehört im wesentlichen hierher.[5]

III. Das B.G.B. regelt in den §§ 346 ff. das vertragsmäßige Rücktrittsrecht in einheitlicher Weise. Es berücksichtigt hierbei die Verschiedenheiten der Gründe des Rücktritts nur wenig, doch sind seine Bestimmungen nur dispositive.[6]

Diese Vorschriften haben dadurch besondere Bedeutung, daß sie

---

2) Vgl. unten § 111.

3) Vgl. oben § 56 sowie insbesondere R.G. v. 14. Mai 1902 D.Jur.Ztg. 1902 S. 393.

4) Die Bestimmung ist durch den Bundesrat geschaffen. Die Voraussetzungen des „Verzuges" müssen nicht vorhanden sein. Ist das Geschäft kein Fixgeschäft im Sinne des § 361, so entsteht ein gesetzliches Rücktrittsrecht im Falle des Verzugs des Schuldners nach Maßgabe des § 326.

5) Auf die Vorschriften über Rücktritt wird ferner verwiesen in den §§ 280 und 286 B,G,B, Vgl. ferner § 37 des Gesetzes über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901.

6) Zwingende Vorschriften über den Rücktritt enthält das Abzahlungsgesetz vom 16. Mai 1894.

entsprechend auf die meisten Fälle des gesetzlichen Rücktritts-rechts Anwendung finden sollen.

IV. Der Rücktritt hat nur obligatorische Wirkungen, mag es sich um ein vorbehaltenes oder um ein gesetzliches Rücktrittsrecht handeln.

Es steht aber nichts im Wege, daß die Vertragschließenden dem an sich obligatorischen Rücktrittsrecht dingliche Wirkung geben.

Dies geschieht bei Veräußerungen von Grundstücken mittels Eintragung einer Vormerkung ins Grundbuch, laut welcher in dem Rücktrittsfalle, z. B. der nicht rechtzeitigen Zahlung des Kaufpreises, das Grundstück zurückzugewähren ist.[7] Bei beweglichen Sachen genügt es, daß die Übereignung unter entsprechender auflösender Bedingung geschieht.

V. Von solcher besonderen Verdinglichung abgesehen, hat der Rücktritt nur obligatorische Folgen.

Ob dies Verhältnis so aufzufassen ist, daß nach dem Rücktritt das obligatorische Geschäft als aufgehoben zu denken ist, oder ob aus dem Rücktritt Gegenverpflichtungen erwachsen, durch welche die aus dem obligatorischen Geschäft erwachsenen Verpflichtungen entkräftet werden, darüber waren die beiden Kommissionen nicht einig. Man überließ der Wissenschaft die Entscheidung.[8]

Allein der praktische Kern der Frage ist erledigt. Aus der Auffassung des Rücktritts als Aufhebung des Geschäfts wäre zu folgern, daß das, was die Parteien infolge des Geschäfts empfingen — causa finita — auf die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückzugewähren sei. Dies hat aber § 346 abgelehnt. Der Rücktritt erzeugt hiernach anders geartete, neue Verpflichtungen auf Rückgewähr, also **obligationes ad restituendum.**[9] Hieraus ergibt sich, daß das Gesetz von der zweiten Auffassung ausgeht; diese teilte die erste Kommission, von welcher der Paragraph herrührt.

Folgerecht nahm die erste Kommission an, daß die aus dem Vertrag entspringenden Verpflichtungen infolge des Rücktritts nur durch Einrede entkräftet, nicht von Rechts wegen aufgehoben werden. Das liegt in der Konsequenz, hat aber praktisch nur geringe Bedeutung.

---

7) Bayr. Obst.L.G. v. 3. September 1902 Pfälz. Rechtspr. Bd. 1 S. 24.
8) Siehe hierüber Planck S. 193 und Staudinger S. 243.
9) Vgl. Staudinger a. a. O. Anm. IV c.

VI. Der Rücktritt im Sinne des Gesetzes zielt darauf ab, auch die Folgen, welche das Geschäft in der Vergangenheit hatte, nicht minder zu beseitigen wie die, welche es in der Zukunft haben könnte.

Dabei ist aber zu beachten, daß die Absicht der Parteien oft weniger weit geht, wenn sie auch von „Rücktritt" reden. Wird z. B. bei einem Auszugsvertrage der Rücktritt wegen schlechter Behandlung des Auszüglers bedungen, so liegt den Beteiligten in der Regel die Meinung fern, daß der Gutsübernehmer die inzwischen gezogenen Nutzungen, der Auszügler die inzwischen genossenen Gutserträgnisse und Renten zurückgewähren soll. Sie wollen sog. Beseitigung **ex nunc**, nimmermehr **ex tunc**.

Daß die Parteiabsicht im gegebenen Fall und nicht die dispositive Vorschrift des Gesetzes maßgebend sein muß, ist selbstverständlich.

§ 109. Die Ausübung des Rücktrittsrechts.

I. Unter welchen Voraussetzungen und zu welcher Zeit das Rücktrittsrecht ausgeübt werden kann, ergeben die Bestimmungen des Vertrags, durch welche der Rücktritt vorbehalten wurde, sowie des Gesetzes, welches das Rücktrittsrecht gewährt.[1] [2]

II. Der Rücktritt vollzieht sich durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil, § 349. Er bildet also eine einseitige, sog. empfangsbedürftige Willenserklärung.[3] [4] Er ist nach der allgemeinen Regel des

---

1) Über § 357 vgl. unten bei den Wirkungen der Aufrechnung.

2) Ob der Rücktritt ein Verschulden voraussetzt, ist nach dem zugrunde liegenden Geschäft zu beurteilen.

3) Die Wirksamkeit des Rücktritts ist nicht davon abhängig, daß der Zurücktretende sich zugleich der Rückgabe des auf Grund des Vertrags Empfangenen dem andern Teile gegenüber erbietet. R.G.Entschdg. Bd. 49 S. 38. Jur.Woch. 1901 S. 647 Beil. 144. — Die Rücktrittserklärung kann ebenso wie z. B. die Aufrechnungserklärung oder die Erklärung der Anfechtung wegen Irrtums von Prozeßbevollmächtigten auf Grund der Prozeßvollmacht im Sinne des § 81 Z.P.O. einerseits erklärt, andererseits angenommen werden. Die Rücktrittserklärung kann sowohl in der Klageschrift wie in einem vorbereitenden Schriftsatz abgegeben sein. Alsdann ist die Zeit der Zustellung entscheidend (vgl. § 132 B.G.B.). R.G.Entschdg. Bd. 50 S. 138; R.G. in Jur.Woch. 1903 S. 21 n. 3; O.L.G. Kiel in Rechtspr. der O.L.G. Bd. 3 S. 204; Kammerg. das. Bd. 1 S. 139, Bd. 2 S. 217 und S. 294; Kammerg. in Seufferts Arch. Bd. 56 S. 305 n. 173; O.L.G. Hamburg in Rechtspr. der O.L.G. Bd. 1 S. 77. Das Kammergericht führt betreffs der vorbereitenden Schriftsätze aus, daß diese im Gegensatze zu den Klageschriftsätzen überhaupt keine bestimmende, für die Partei bindende Bedeutung haben, so daß sie nur als Ankündigung späterer, in der Verhandlung abzugebender Erklärungen anzusehen seien. Kammerg. in Rechtspr. der O.L.G. Bd. 2 S. 217. Dieser Ansicht kann in der Allgemeinheit keineswegs beigetreten werden. Vielmehr ist stets zu prüfen, ob der vorbereitende Schriftsatz eine endgültige

B.G.B. formfrei. Er ist unwiderruflich, wenn nicht der Vertrag, welcher ihn vorbehält, Entschlußwechsel verstattet.

III. Der Rücktritt ist aktiv und passiv unteilbar.

Steht daher das Rücktrittsrecht mehreren zu, so muß der Rücktritt seitens aller, richtet es sich gegen mehrere, jedem gegenüber erklärt werden. Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen, § 356.[5]

IV. Unterschieden wird Erlöschen des Rücktrittsrechts und Ausschließung seiner Ausübung. Ist es erloschen, so ist es unwiederbringlich verloren. Trat nur Ausschließung der Ausübung ein, so kann dies Hindernis beseitigt werden, so daß der Rücktritt wieder offen steht.

V. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn es an eine Frist gebunden ist und diese nicht gewahrt wird.

War aber eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Rücktrittsberechtigten von dem anderen Teil eine angemessene Frist für dessen Ausübung bestimmt werden. Wird sie nicht gewahrt, so erlischt das Rücktrittsrecht, § 355.

VI. Laut § 350 wird der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Rücktrittsberechtigte empfangen hat,

---

Erklärung oder nur eine Ankündigung späterer Erklärung enthält; übereinstimmend: Staudinger Anm. 1 zu § 349.

4) Das Rücktrittsrecht kann bedingt eingeräumt sein. Alsdann kann die Aufforderung zur Erklärung über die Ausübung des Rücktrittsrechts rechtswirksam erst nach Erfüllung der Bedingung erfolgen. Dies war im Entwurf I § 432 ausdrücklich bestimmt, ist aber später als aus der Natur der Sache folgend, fortgelassen. — Angemessen ist diejenige Frist, die unter Berücksichtigung des jeweiligen Rechtsverhältnisses und der Lage des Falles demjenigen, dem sie gesetzt ist, billigerweise gelassen werden muß, um die Erklärung abzugeben. Vgl. R.G. v. 6. Dez. 1901 in Jur.Woch. 1902 S. 10. — Die Fristsetzung hat der Verpflichtete, die Erklärung in der Frist der Berechtigte im Streitfalle zu beweisen.

5) § 356 B.G.B. enthält selbstverständlich nur eine dispositive Vorschrift. Durch Vertrag kann bestimmt werden, daß das den mehreren Personen zustehende Rücktrittsrecht nur von einer ausgeübt werden kann. Der Ansicht von Hellwig, Anspruch S. 197, ist beizustimmen, daß in der Begründung eines Gesamtgläubigerverhältnisses (§ 428) für jeden Gläubiger die Befugnis enthalten ist, allein den Rücktritt zu erklären. Übereinstimmend: Staudinger Anm. 1 c; anderer Ansicht Planck Anm. 1 zu § 356. — Es ist gleichgültig für die Anwendung des § 356, ob die mehreren Gläubiger von Anfang an im Schuldverhältnis standen, oder ob durch Universal- oder Singularsukzession eine Mehrheit von Gläubigern entstanden ist, ebenso ob im Falle der Gesamtnachfolge der Nachlaß geteilt ist oder nicht. Planck Anm. 1 zu § 356.

zufälligerweise untergegangen oder verschlechtert ist.

Hierfür war die römische actio redhibitoria des Käufers wegen verborgener Mängel der Kaufsache vorbildlich.[6] Denn diese Klage auf Wandlung erlosch nicht, wenn die vom Verkäufer gelieferte mangelhafte Sache zufällig beim Käufer unterging. Dies hatte für die actio redhibitoria guten Grund, da dem Verkäufer, welcher Fehlerhaftes lieferte, der sich anknüpfende Schaden eher zur Last zu legen ist als dem Käufer. Was für diesen Fall nicht unbillig war, verallgemeinerte man nun bei Abfassung des B.G.B. Freilich wird es nicht immer gleich gut passen. Der Verkäufer z. B., welcher sich das Risiko des Entschlußwechsels des Käufers gefallen läßt, wird damit kaum beabsichtigen, die Gefahr des Untergangs der Kaufsache trotz deren Übergabe für die Dauer der Rücktrittsfrist auf sich zu nehmen.[7] Zwar ist die Vorschrift nur eine dispositive. Aber selten werden die Beteiligten den Fall des zufälligen Untergangs besonders in das Auge fassen.

Wie der Untergang, ist zufällige Verschlechterung zu behandeln.

VII. Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Rücktrittsberechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat, § 351 Satz 1.[8 9]

Ein Verschulden des gesetzlichen Vertreters oder der Hilfsperson bei der Erfüllung steht entsprechend § 278 eigenem Verschulden des Rücktrittsberechtigten gleich.

Untergang eines erheblichen Teils ist wesentliche Verschlechterung, § 351 Satz 2.

Der Rücktrittsberechtigte, bei welchem die herauszugebende Sache

---

6) L. 31 § 1, l. 38 § 3 D. de aed. ed. 21, 1 „mortuus redhibetur". Anders A.L.R. I, 5 §§ 327 und 328, code civil art. 1647.

7) Goldmann und Lilienthal, S. 163, bilden folgenden Fall. A. tauscht ein Pferd von B. gegen ein Rad ein und behält sich den Rücktritt binnen vier Wochen vor; das Pferd fällt, das Rad kann er ohne Gegenleistung zurückverlangen. Er hat aber das Pferd an C. verkauft und sich auch hierbei den Rücktritt binnen vier Wochen vorbehalten, das Pferd geht bei C. zufällig unter. Dabei behält A. den von C. gezahlten Kaufpreis und erhält das von B. geleistete Rad ohne Gegenleistung. Dagegen mit Recht: Staudinger Anm. 5 zu § 350.

8) Vgl. Eck in der Festschrift für Beseler 1885 S. 161; Oertmann, Planck, Staudinger Anm. 1 zu § 351.

9) Begeht der Rücktrittsverpflichtete ein Verschulden und wird dadurch Unmöglichkeit oder Verschlechterung der Rückgewehr veranlaßt, so greift § 347 Platz; vgl. unten § 109.

unterging oder verschlechtert wurde, hat zu beweisen, daß dies ohne ein ihm zuzurechnendes Verschulden geschah. Dies entspricht allgemeinen Grundsätzen.[10]

Ist der Rücktritt einmal erklärt, so wird er nicht dadurch beseitigt, daß sich der Rücktrittsberechtigte durch Verschulden in die Lage versetzt, das Empfangene nicht mehr zurückgeben zu können. Nur Schadensersatz ist die Folge, § 347.

VIII. Hat der Rücktrittsberechtigte, sein gesetzlicher Vertreter oder eine bei der Erfüllung verwendete Hilfsperson die empfangene Sache, ganz oder zu einem erheblichen Teil, durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art verwandelt, so ist der Rücktritt gleichfalls ausgeschlossen. Die so entstandene Unmöglichkeit der Rückgewähr des Empfangenen wird wie eine verschuldete behandelt, § 352. Dadurch, daß der Rücktrittsberechtigte Verwendungen auf die Sache gemacht hat, wird der Rücktritt nicht ausgeschlossen, vielmehr der andere Teil nur zum Ersatze der Verwendungen nach Maßgabe des § 347 verpflichtet.

IX. Ist der Rücktrittsberechtigte außerstande, den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil, wie er ihn empfing, zurückzugewähren, weil er ihn veräußert oder mit Rechten Dritter belastet hat, die er nicht zu beseitigen vermag, so liegt nahe, daß der Rücktritt ausgeschlossen ist. So bestimmten auch die beiden ersten Entwürfe.[11]

Das wurde später geändert und verfeinert.[12]

Jener Veräußerung oder Belastung ungeachtet, soll der Rücktritt nicht ausgeschlossen sein, weil es möglich bleibt, daß der Rücktrittsberechtigte den Gegenstand sich nach der Rücktrittserklärung in dem Zeitpunkte zurückverschafft hat, in welchem er zurückzugewähren ist, § 353. [Der Rücktritt ist also dann ausgeschlossen, wenn der Dritte die Sache weder herausgeben will noch muß, sowie dann], wenn der fragliche Gegenstand infolge Verschuldens des dritten Erwerbers oder Umwandlung nach §§ 351 und 352 nicht mehr zurückstellbar ist. [Im ersteren Falle

---

10) [R.G. v. 13. Januar 1904 Bd. 56 S. 261; v. 23. Januar 1904 Seuff. Arch. Bd. 59 S. 179, abgedr. bei Gruchot Bd. 48 S. 896; Staudinger Anm. 6 zu § 351.]

11) E. I § 430 Abs. 2, II § 303; Mot. Bd. 2 S. 283.

12) Vgl. Küntzel in Gruchot Bd. 40 S. 139 ff.; R.G. Bd. 17 S. 67; Eck a. a. O.

hat der Rücktrittsberechtigte, im letzteren der Dritte die Unmöglichkeit der Rückgewähr herbeigeführt.[13]]

X. Der Verfügung des Rücktrittsberechtigten sind Verfügungen in der Zwangsvollstreckung, durch Arrestvollziehung und durch den Konkursverwalter gleichgestellt, § 353 Abs. 2. Wird also der Gegenstand, welchen der Rücktrittsberechtigte empfangen hat, gepfändet oder versteigert oder vom Verwalter im Konkurse über das Vermögen des Rücktrittsberechtigten veräußert oder belastet, so fällt das Rücktrittsrecht nicht zusammen, es sei denn, daß der Erwerber eine Umgestaltung mit der Sache vorgenommen oder schuldhaft den Untergang oder die Verschlechterung der Sache herbeigeführt hat. Wie aber soll der Erwerber auf seine *eigene* Sache *schuldhaft* einwirken? Will man der gesetzlichen Bestimmung überhaupt einen Sinn beimessen, so würde die Vorschrift dahin zu verstehen sein, daß das Rücktrittsrecht ausgeschlossen ist, wenn der Dritte eine Behandlung mit der Sache vornimmt, die in der Person des Rücktrittsberechtigten dessen Verschulden darstellen würde. Hat z. B. jemand in der Zwangsversteigerung Bretter erstanden und läßt er diese Monate hindurch frei auf feuchtem Boden lagern, so daß sie schlecht werden, so könnte das Rücktrittsrecht nicht mehr ausgeübt werden. Die Handlung des Erwerbers der Bretter wird als Handlung des Rücktrittsberechtigten angesehen.

XI. Der erklärte Rücktritt kann *unwirksam werden*,[14] wenn der Rücktrittsberechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines wesentlichen Teils *in Verzug kommt*.

Und zwar geschieht dies, wenn ihm der andere Teil eine angemessene Frist zur Rückgewähr unter der Erklärung bestimmt hat, daß er die Annahme nach Ablauf der Frist ablehne, falls die Rückgewähr nicht fristgemäß erfolgt, § 354.[15]

---

13) R.G. v. 13. und 23. Januar 1904 Bd. 56 S. 258, 267.

14) Auf den erklärten Rücktritt kann ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet werden. Bezüglich der Wandlung, auf welche nach § 467 die Vorschriften des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts Anwendung finden, hat die Rechtsprechung dauernd den Grundsatz festgehalten, daß eine Rücknahme der vorgängigen Dispositionsstellung der Ware darin liege, daß der Käufer die Ware trotz solcher Erklärung für sich benutze und wie eine eigene behandle. Wenn aber der Verkäufer dem Käufer die *einstweilige* Fortbenutzung nach der erklärten Dispositionsstellung gestattet, so ist eine Verwirkung des Rechts auf Wandlung nicht eingetreten. Vgl. O.L.G. Marienwerder in Jur. Monatsschr. f. Posen 1902 S. 71 und im Recht 1904 S. 314; R.G. Bd. 17 S. 65, Bd. 22 S. 78, Bd. 43 S. 68.

15) Steht fest, daß der Rücktrittsberechtigte das Empfangene zurückzugewähren nicht imstande ist, so bedarf es der Fristsetzung nicht. Dem-

Auf diese Weise hat sich der andere Teil namentlich dann zu helfen, wenn der Rücktrittsberechtigte den empfangenen zurückzugewährenden Gegenstand veräußert oder belastet und ihn nicht zurückgewährt.

XII. Mit Rücksicht auf die in § 389 bestimmte Rückwirkung der Aufrechnung hat das B.G.B. eine besondere Vorschrift getroffen. Ist der Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so würde, falls diese Voraussetzung eingetreten wäre, der erklärte Rücktritt das Recht des andern Teils, den Vertrag zu erfüllen, beseitigen. Als Folge würde sich die Unzulässigkeit späterer Aufrechnung ergeben. Dies könnte eine Härte gegen den Schuldner enthalten. Deshalb soll die Aufrechnung den erklärten Rücktritt unwirksam machen, wenn sie unverzüglich nach dem Rücktritt erklärt wird, § 357, vgl. § 554 Abs. 2. Die v o r dem Rücktritt erklärte Aufrechnung beseitigt die Leistungspflicht und damit zugleich die Zulässigkeit des Rücktritts.

XIII. Wer auf Grund eines Vorbehalts des Rücktrittsrechts zurücktrat, hat im Streitfalle den Vorbehalt zu beweisen.

Ist der Rücktrit für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit vorbehalten, so hat im Streitfall die Erfüllung zu beweisen, wer erfüllt zu haben behauptet und um deswillen die Zulässigkeit des Rücktritts bestreitet, § 358.[16]

Daß der Rücktritt erklärt ist, hat zu beweisen, wer aus der Erklärung Rechte herleiten will. Dies muß nicht notwendig der Teil sein, welcher zurückgetreten ist, denn der Rücktritt gibt beiden Teilen Rechte.

§ 110. Wirkung des Rücktritts.

I. Mit dem Rücktritt erwachsen, wie bereits hervorgehoben, für jeden Vertragsteil persönliche Forderungen gegen den anderen Teil, welche dazu bestimmt sind, die Folgen des Geschäfts zu beseitigen.[1]

---

gemäß ist eine Wandlungsklage, auf welche gemäß § 467 die Vorschrift des § 354 Anwendung findet, zurückzuweisen, wenn der Käufer erklärt, die ihm im Wege der Zwangsvollstreckung entzogene Kaufsache nicht wiedererlangen zu können. R.G. Bd. 50 S. 188; desgl. O.L.G. Hamburg in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 38. — Auch wenn der Zurücktretende zwar zur Rückgewähr rechtskräftig verurteilt ist, aber nicht zurückgewährt hat, ist § 354 trotz § 283 anwendbar, da § 354 eine spezielle Vorschrift über den Verzug des Rücktrittsberechtigten enthält.

16) Besteht aber die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, z. B. Vermieter hat sich verpflichtet, andere Läden im Mietshause nicht an einen Konkurrenten zu vermieten, so muß der Kläger, der von dem vereinbarten Rücktrittsrechte Gebrauch macht, beweisen, daß der Vermieter an einen Konkurrenten vermietet habe.

1) Der Rücktritt begründet nur einen obligatorischen, keinen dinglichen Anspruch des Zurücktretenden auf Wiederherstellung des früheren Zustandes.

Dabei ist nicht die Auffassung zugrunde gelegt, daß der Vertrag wie nicht geschlossen gilt und wegen des bereits Geleisteten Ansprüche infolge ungerechtfertigter Bereicherung — causa finita — erwachsen, vielmehr ist der Inhalt der Rücktrittsobligationen besonders bestimmt und zwar so:

1. Jeder hat das Empfangene zurückzugewähren, soweit es in Natur vorhanden ist, § 346 Satz 1.

Handelt es sich aber um Leistungen, die sich nicht in Natur erhalten, Dienste, Benutzung einer Sache oder eines anderen Gegenstandes, z. B. eines Patentes, so ist der gemeine Wert des Zugewendeten zu erstatten, und war für die Leistung vertragsmäßig eine Vergütung festgestellt, deren Betrag, § 346 Satz 2.

2. Ferner wird der Empfänger so behandelt, wie wenn vom Empfange der Leistung an Rechtshängigkeit und zwar eines Eigentumsanspruchs eingetreten wäre, § 347.

Danach richten sich die Verpflichtungen zum Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges, anderer Unmöglichkeit der Leistung, ferner wegen Nutzungen, andererseits die Gegenansprüche wegen Verwendungen. Geldsummen sind vom Empfang an — zu 4 % — zu verzinsen.

II. Die gegenseitigen Rücktrittsobligationen sind — entsprechend den Vorschriften über gegenseitige Obligationen — Zug um Zug zu erfüllen, § 348, wobei die §§ 320, 322 entsprechend zur Anwendung kommen.[2]

III. Die Ansprüche, welche aus der Erklärung des Rücktritts erwachsen, unterliegen der 30 jährigen Verjährung.

§ 111. Das Reugeld — die Wandelpön.

I. Der Vertrag kann Rücktritt gegen Reugeld vorbehalten — sog. Wandelpön, § 359.

Er ist daher ohne jeden Einfluß auf die inzwischen begründeten Rechte Dritter. Der Zurücktretende hat auf Beseitigung dieser Rechte nur einen obligatorischen Anspruch gegen seinen Vertragsgegner. O.L.G. Colmar in Puchelts Ztschr. f. bürgerl. Recht und franz. Zivilr. Bd. 33 S. 165. — Nach wirksam erklärtem Rücktritt kann nicht mehr in Frage kommen, daß der Rücktritt ausgeschlossen ist. Deshalb kommen nach erklärtem Rückritt die §§ 351—353 nicht mehr in Betracht.

2) Insbesondere ist § 273 Abs. 3, wonach das Zurückbehaltungsrecht gegen Sicherheitsleistung abgewendet werden kann, nicht anwendbar, weil der in § 348 in Bezug genommene § 320 die Sicherheitsleistung ausdrücklich ausschließt. — Vgl. O.L.G. Kiel in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 204.

1. Die Wandelpön ist keine Vertragsstrafe, denn sie ist nicht geschuldet,[1] der Schuldner ist nur berechtigt, sich durch ihre Erlegung zu befreien. Sie untersteht den Grundsätzen der Vertragsstrafe nicht. Auch das richterliche Ermäßigungsrecht steht bei ihr nicht offen.[2] Es ist also etwas Besonderes, daß dasselbe bezüglich der an das Konkurrenzverbot der Handlungsgehilfen angeknüpften Vertragsstrafe, welche H.G.B. § 75 im wesentlichen zur Wandelpön gestaltet hat, anerkannt wird.

2. Die Wandelpön verfällt nur bei willkürlichem Rücktritt.[3] Sie verfällt also nicht, wenn man aus einem gesetzlichen Grunde zurücktritt, auch nicht im Falle des Erlöschens der Hauptverpflichtung aus anderen Gründen, also z. B. nicht, wenn der Vertrag durch Willenseinigung beider Parteien rückgängig gemacht wird.[4]

3. Die Erklärung des Rücktritts beendet die Hauptverpflichtung, § 349. Sie liegt in der Erklärung, das Reugeld zahlen zu wollen.[5]

Doch muß sich der andere Teil mit Worten nicht abfinden lassen. Daher ist nach § 359 die Rücktrittserklärung unwirksam, falls das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird, sofern der andere Teil sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Unverzügliche Entrichtung des Reugeldes nach der Zurückweisung stellt aber die Geltung der Rücktrittserklärung her.

Der Beweis der Entrichtung wie der Rücktrittserklärung liegt dem ob, welcher den Rücktritt geltend macht.[6]

4. Das Recht des Rücktritts gegen Reugeld fällt weg, wenn sich der Schuldner für Erfüllung der Hauptverpflichtung erklärt hat.

Dies kann im Beginn der Erfüllung zu finden sein.

5. Die Vorschriften des B.G.B. über Rücktritt, insbesondere die des § 355 über Fristsetzung, gelten auch für den Rücktritt gegen Reugeld.

6. Der Gläubiger kann, wenn der Schuldner nicht leistete, aber

---

1) Nach der preußischen Rechtsprechung hatte man demnach auch die Bestimmung, daß die Vertragsstrafe das Doppelte des Interesses nicht übersteigen dürfe, auf die Wandelpön nicht angewandt. Gruchot Bd. 2 S. 156, Bd. 39 S. 903. — Auch die Überschrift des vierten Titels stellt die Draufgabe der Vertragsstrafe gegenüber und behandelt bei der Draufgabe die Wandelpön.

2) Vgl. oben § 102; R.G. Bd. 43 S. 280.

3) Gruchot Bd. 2 S. 159; Pr.O.Tr. Bd. 34 S. 65.

4) O.L.G. Hamburg 1906 Beibl. S. 202 Hans. Ger.Zeit.

5) Die Erklärung des Rücktritts kann in willkürlicher Nichterfüllung der Hauptleistung liegen, während nach der Absicht beim Vertragsschluß deren rechtzeitige Vornahme unverschiebbar sein soll, R.O.H.G. Bd. 24 S. 110.

6) Ebenso: Planck Anm. 2, Staudinger Anm. 5 zu § 359 und dort Angef.

sich auch nicht für den Rücktritt erklärte, nicht auf das Reugeld klagen.[7] Er hat vielmehr die Erfüllung der Hauptverpflichtung einzuklagen und für den Fall, daß der andere Teil den Rücktritt erklärt, das Reugeld.[8]

II. Verschieden von der Vereinbarung des Rücktritts gegen Reugeld ist die andere, wonach man sich gegen eine Geldleistung beliebigen Rücktritt vorbehält.

III. Im Börsengeschäft kommen beide Formen bei Zeitkäufen mit Prämien vor. Sie sollen das Wagnis begrenzen, welches darin liegt, daß man zu festem Preis Effekten oder Waren mit schwankendem Kurse künftig lieferbar verkauft oder kauft. Die Prämie kann sein

1. Äquivalent für das Recht zum Rücktritt, ohne Rücksicht darauf, ob der Prämienzahler von diesem Rechte Gebrauch macht. Es liegt dann im Rechtssinn nichts anderes vor, als ein um die Prämie erhöhter oder erniedrigter Kaufpreis, wogegen derjenige, welchem die Prämie zur Last liegt, das Rücktrittsrecht hat.

2. Die Prämie kann Wandelpön sein, so daß sie nur im Falle des Rücktritts zu entrichten ist.[9]

Hauptfälle sind das Vorprämiengeschäft und das Rückprämiengeschäft.

a) Bei der Vorprämie oder Lieferungsprämie kann sich der Käufer von der Erfüllung des Geschäfts durch Leistung der Prämie frei machen. Der Käufer — welcher à la hausse spekuliert — hat, für den Fall, daß der Kurs des Wertgegenstandes am Stichtag gestiegen ist, unbegrenzt eine Gewinnchance; für den Fall der Baisse kann er höchstens die Prämie verlieren.

b) Eine Rückprämie bildet die vom Verkäufer für seinen Rücktritt zu zahlende Prämie. Sie soll für ihn die Gefahr begrenzen, wenn er Gegenstände verkauft hat, welche er nicht besitzt, in der Hoffnung, sie wohlfeiler zu erwerben, falls seiner Erwartung entgegen eine Hausse eintritt.

---

7) E. I § 435; Mot. Bd. 2 S. 285; vgl. O.L.G. Hamburg Hans. Ger.Zeit. 1906 Beibl. S. 202.

8) Vgl. O.Trib. Bd. 34 S. 65 ff.

9) So ist die Behandlung nach den Bedingungen der Berliner Fondsbörse § 12. Die Prämie verfällt, wenn der zur Prämienzahlung eventuell Verpflichtete sich nicht ausdrücklich und rechtzeitig für die Erfüllung des Lieferungsgeschäfts erklärt; es ergebe sich denn aus dem Kurse der Erklärungszeit die Entscheidung für die Erfüllung der Lieferungsgeschäfts zweifellos. Näheres in den angeführten Bedingungen.

§ 112. Rücktritt wegen veränderter Umstände.[1]

I. Fürst Bismarck in seinen „Gedanken und Erinnerungen" Bd. 2 S. 258 bezeugt: „Die clausula rebus sic stantibus wird bei Staatsverträgen, welche Leistungen bedingen, angenommen." Ebenso erachtete die ältere Theorie auch für Privatverträge, sie würden geschlossen „rebus sic stantibus", und lehrte danach pactum obligatorium esse desinit, si facies rerum prorsus immutetur.[2] Doch was die staatliche Notwendigkeit bei Verträgen des öffentlichen Rechts fordert, gilt auf dem Gebiete des Privatrechts nicht.

Das neuere gemeine Recht will daher hier von der Klausel rebus sic stantibus nichts wissen. Im allgemeinen mit Recht. Aber zum Fallstrick sollen Verträge infolgedessen nicht werden. Auch damit würde Treu und Glauben verletzt.

Das A.L.R. I, 5 § 378 suchte die Lösung in der Verstattung des Rücktritts, wenn es sich um unvorhergesehene Veränderungen handelte, welche die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzweckes beiden Teilen oder einem von beiden unmöglich machen. Dies gab keine unzweideutige Richtschnur.[3]

II. Im B.G.B. finden sich keine allgemeinen Vorschriften über Rücktritt wegen veränderter Umstände.[4] Jedoch darf namentlich

1. wer die Hingabe eines Darlehns verspricht, nach § 610 zurücktreten, wenn in den Vermögensverhältnissen des andern Teils eine die Rückerstattung des Darlehns gefährdende Verschlechterung eintritt.

Dies ist auf alle Fälle, in welchen man zu kreditieren verspricht, wegen Gleichheit des Grundes auszudehnen.

2. Nach § 321 kann die Vorleistung bis zur Gegenleistung oder Sicherheitsleistung verweigert werden, wenn nach Abschluß des Vertrags der Anspruch auf die Gegenleistung durch wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des andern Teils gefährdet wird.

3. Bei der Leihe ist nach § 605 Ziff. 1 Kündigung zulässig, wenn der Verleiher der Sache infolge eines unvorgesehenen Umstandes bedarf.

---

1) Stammler, Schuldverhältnisse S. 88; Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 40 S. 473.
2) Leyser med. 5 sp. 40 m. 4.
3) Vgl. R.G. Bd. 22 S. 87.
4) Vgl. auch Motive Bd. 2 S. 199.

4. Bei Dienstverträgen ist nach § 626, bei Gesellschaften nach § 723 Kündigung zulässig, wenn ein wichtiger Grund dazu vorliegt. Dahin kann eine wesentliche Veränderung der Umstände gehören.

5. Die Bestimmungen der Konk.Ord. §§ 17 ff. bezüglich der Erfüllung der Rechtsgeschäfte sind auf die veränderten Umstände durch Eröffnung des Konkurses zurückzuführen.

6. Durch § 18 des Verlagsgesetzes wird dem Verleger ein Kündigungsrecht gewährt, wenn nach dem Vertragsabschlusse der Zweck fortfällt, dem das Werk dienen soll, oder die Veröffentlichung des Sammelwerkes unterbleibt, für das der Verfasser einen Beitrag liefern soll.

[7. Die Praxis gewährt dem Versicherungsnehmer ein Recht zum Rücktritt vom Versicherungsvertrage, wenn der Versicherer selbst unsicher wird.[5]]

III. Hiervon abgesehen, ist die Zulässigkeit des Rücktritts wegen Veränderung der Umstände nach Treu und Glauben zu bemessen, B.G.B. § 157. Darnach wird der Rücktritt zulässig sein,

1. wenn von der anderen Seite widerrechtlich oder doch illoyal bewirkt wird, daß der ausdrücklich erklärte wirtschaftliche Endzweck des Geschäfts vereitelt wird; z. B. ein Arzt mietet eine Wohnung unter der Mitteilung an den Vermieter, daß dies geschehe, um in der unmittelbaren Nähe seiner in dem Sanatorium desselben Hauses wohnenden Kranken zu sein. Der Wirt kündigt dem Besitzer des Sanatoriums, dies gibt dem Arzt ein Kündigungsrecht.[6]

2. wenn sich infolge der neuen Umstände die Natur des Geschäfts derart ändert, daß das Festhalten an ihm zur Ausbeutung führen würde.[7]

---

5) [R.G. 60 S. 56 und die dort Angeführten. Ferner R.G. v. 28. Jan. 1905 Jur.Woch. 1905 S. 181. Schneider: Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag Einl. S. 53. Dieses Rücktrittsrecht folgt aus dem Wesen des Versicherungsvertrags und wird auch unter der Herrschaft des neuen Gesetzes anerkannt werden müssen, obwohl dieses das Recht nicht ausdrücklich einräumt.]

6) Gruchot Bd. 37 S. 993.

7) R.G. auf Grund des preußischen Rechts Entsch. Bd. 22 S. 81 entgegen der Entsch. Bd. 21 S. 178. Die erstere Entscheidung ist für die richtige zu halten, die letztere entsprach der bona fides nicht, welche auch gemeinrechtlich zu walten hatte.

Dritter Abschnitt.

Erlöschen der Forderungen.

§ 113. Erlöschen der Forderungen im allgemeinen.

I. Das B.G.B. hebt in vier Titeln fünf Erlöschungsgründe der Schuldverhältnisse hervor, nämlich: Erfüllung, Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß.

Hiermit sind die Erlöschungsgründe jedoch nicht erschöpft;[1] Erlöschungsgrund ist unter anderem Vereinigung — Konfusion —, ferner Tod des Schuldners bei höchstpersönlichen Verbindlichkeiten, Novation, Unmöglichkeit der Leistung. Nach den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. bewirkt eine auflösende Bedingung, die Rücktrittserklärung, die Anfechtung einer anfechtbaren Verpflichtung deren Beendigung.

II. Da das B.G.B. die römische Einrede übernommen hat, so gibt es neben den Erlöschungsgründen Fälle der Entkräftbarkeit durch zerstörliche Einrede, z. B. wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Dann ist, sofern die Einrede geltend gemacht wird, die Forderung wirkungslos. Sie ist aber auch vor der Geltendmachung der Einrede, sowie diese erwachsen ist, in wirtschaftlichem Sinne keine Forderung, keine Verbindlichkeit mehr.[2] Sie bildet weder im Vermögen des Gläubigers ein Aktivum, noch in dem des Schuldners ein Passivum, ist also in die Vermögensbilanz nicht aufzunehmen.

Rechtlich bestehen allerdings Verschiedenheiten. Ist eine Forderung erloschen, so ist sie endgültig vernichtet. Ist z. B. eine Darlehensschuld einmal gezahlt, so wird sie durch Vereinbarung von Gläubiger und Schuldner nicht wieder hergestellt, auch wenn die gezahlten Geldstücke in Natur unverzüglich zurückgegeben werden. Ist die Forderung nur einredebehaftet, so gewinnt sie durch Verzicht auf die Einrede ihre ursprüngliche Geltung zurück.

---

1) Vgl. code civil. art. 1234.

2) Die Römer sprechen aus l. 66 D. de R. I. 50, 17: desinit debitor esse, qui nactus est exceptionem. Das gilt auch für das B.G.B. in demselben Sinne wie in Rom. Es wird damit nicht geleugnet, daß an und für sich der Gläubiger ein Forderungsrecht, der Schuldner eine Schuldverpflichtung hat, sonst hätte der Gläubiger keine actio gehabt und der Schuldner keiner exceptio bedurft. Aber ein Leistenmüssen seitens des Schuldners besteht gleichwohl nicht mehr, in diesem Sinne ist er nicht mehr Schuldner, da ihm die Einrede das Recht gibt, die Leistung zu verweigern, B.G.B. § 222 Abs. 1, da sie die Geltendmachung des Anspruchs ausschließt, § 813 Abs. 1, §§ 886, 1169, 1254.

III. Unter dem Erlöschen des Schuldverhältnisses versteht das B.G.B. das Erlöschen der einzelnen Forderung.

Anderen Grundsätzen unterliegt das Erlöschen des Schuldverhältnisses in dem Sinn eines Verhältnisses, aus welchem sich Forderungen und Schulden entwickeln können, z. B. ein Auftrag, vgl. §§ 672 ff.

Erstes Kapitel.

Die Erfüllung.

§ 114. Erfüllung und Zahlung.[1]

I. Den Endzweck der Obligation bildet deren Erfüllung. Mit ihr findet sie ihr Ziel, ihr Ende. Demzufolge bestimmt § 362 Abs. 1: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.

1. Die Erfüllung fordert Leistung des Gegenstandes der Schuld. Wertersatz muß sich der Gläubiger nicht aufdrängen lassen.[2] Er kann also z. B. ein ihm geschuldetes, mit bestimmter Nummer bezeichnetes, noch nicht gezogenes Lospapier fordern, so daß er ein anderes, wenn auch gleichwertiges, nicht statt seiner annehmen muß,[3] auch wenn der Schuldner die zugesagten Nummern nicht zu beschaffen vermag. Der Schuldner hat daher den auf die geschuldete Nummer etwa später fallenden Gewinn zu ersetzen, ohne daß ihm zugute kommt, daß er dem Gläubiger ein anderes gleichartiges Papier angeboten hatte.[4]

2. Notwendig ist ferner die auf die Schuldtilgung gerichtete Absicht des Erfüllenden.

Allerdings hebt dies § 362 Abs. 1 nicht hervor. Infolgedessen liegt der Schluß nahe, daß jene Absicht zur Schuldtilgung nicht erforderlich sei, um so mehr, weil im Abs. 2 für einen besonderen Fall verlangt wird,

---

1) Gruchot, Die Lehre von der Geldzahlung nach heutigem Recht 1871; Römer, Erfüllung der Obligation in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 23 S. 1; Stammler a. a. O. S. 214; Kuhlenbeck, Von den Pandekten Bd. 2 § 23; Kretschmar, Die Erfüllung, I. Teil, Leipzig 1906; Klein, Natur der causa solvendi 1903; derselbe, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung 1905; Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts 1906.

2) L. 2 § 1 D. de r. cr. 12, 1: aliud pro alio invito creditore solvi non potest — Nur der Gesichtspunkt der Schikane § 226 ist zu berücksichtigen.

3) Striethorst Archiv Bd. 19 S. 57.

4) In der Regel hat der Schuldner die Kosten der Erfüllung zu tragen. Über die Kosten beim Kauf vgl. §§ 448, 449. Der Geschäftsherr hat im Fall eines Auftrags, Dienstvertrags, einer Hinterlegung in der Regel alle Kosten, auch die der Erfüllung zu tragen.

daß die Leistung zum Zwecke der Erfüllung geschehe. Es ist gleichwohl nicht zu bezweifeln, daß die Absicht der Erfüllung zur Schuldtilgung notwendig ist. Schuldet N. dem A. 1000 Mk. und schickt er ihm die Summe von 1000 Mark zu anderen Zwecken, z. B. damit A. Waren für ihn kaufe, so liegt hierin keine Schuldtilgung; dies entspricht der Natur der Sache und der bisherigen Rechtsprechung.[5]

II. Für die Erfüllung ist keineswegs in allen Fällen ein Vertrag zwischen dem Erfüllenden und dem Gläubiger erforderlich.[6]

Es gibt vielmehr Fälle, in welchen der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers erfüllt; so vor allem bei Unterlassungen; auch bei Diensten kommt es vor, daß sie erfüllt werden, ohne daß sie der Gläubiger in Empfang zu nehmen hat oder auch nur von ihrer Vornahme zur Zeit der Erfüllung weiß.

Allerdings aber ist sehr häufig die Mitwirkung des Gläubigers nach der besonderen Art der Erfüllungshandlung notwendig; insbesondere wenn die Übereignung von Sachen geschuldet wird. Es beruht dann die Übereignung auf Vertrag, nicht die Erfüllung als solche.[7]

III. Eine Unterart der Erfüllung ist die Zahlung.[8]

Im weiteren Sinne bedeutet Zahlung jede Übereignung von Geldsummen, sei es zur Begründung einer Schuld, sei es zu deren Tilgung, sei es zu anderen Zwecken. Im besonderen Sinne versteht man unter Zahlung im Leben wie nach dem Gesetz, §§ 244 und 245 B.G.B., Tilgung einer Schuld durch Geld.

Zur Zahlung gehört, daß das Gezahlte Eigentum des Gläubigers wird. Auch Zahlung mit dem Gelde eines Dritten genügt, sofern der Gläubiger beim Empfang im guten Glauben war, weil er der Eigentümer des Gezahlten wird und zwar in unanfechtbarer Weise, B.G.B. §§ 932, 935.[9] Ist er beim Empfang nicht in gutem Glauben, so

---

5) Jur.Woch. 1882 S. 264 n. 50, 1897 S. 372 n. 18.

6) Stammler a. a. O. S. 221; dagegen Matthiaß, B.R. Bd. 1 S. 415; vgl. Rosenberg in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 211; Planck S. 209 Anm. 2 c zu § 362; Staudinger S. 272 Bem. 2; Kohler, Lehrb. II S. 185 f.

7) Der Inhalt der Erfüllung bestimmt sich nach dem 1. Januar 1900 für ältere Schuldverhältnisse nach altem Recht, Form und Wirkung des Erfüllungsgeschäfts nach dem neuen, Habicht, Einwirkung des B.G.B. S. 144.

8) Schlichter in Busch Ztschr. f. deutschen Zivilpr. Bd. 26 Heft 4, Verfahren bei der Zahlungseinrede im Verhandlungstermine.

9) Das römische Recht verlangte auch seitens des gutgläubigen Empfängers Konsumtion oder Vermischung des Geldes, um die Vindikation des Eigentümers auszuschließen, l. 14 § 8 D. de sol. 46, 3. Anders schon A.L.R. I, 15 § 45.

wird die Schuld durch Zahlung mit fremdem Gelde nicht getilgt, da der Gläubiger dann der Eigentumsklage, oder wenn das Geld nicht mehr erkennbar bei ihm vorhanden ist, der Klage wegen unerlaubter Handlung unterliegt, also nicht befriedigt ist.[10] [11]

IV. Ist der Gläubiger gehalten, Erfüllung unter Vorbehalt von Einwendungen anzunehmen, welche der Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu haben glaubt? Die Frage ist zu verneinen.[12] Wenn der Gläubiger sich durch Vertrag eine Leistung ausbedingt oder wenn ihm das Gesetz solche zubilligt, so wird damit Leistung in verkehrsüblicher Weise in Aussicht genommen. Dies ist sie aber nur, wenn sie vorbehaltlos ist. Zahlung unter Vorbehalt gibt keine gleichstehende Rechtsposition. Denn sie entzieht dem Gläubiger die tatsächliche Anerkennung der Schuld, welche in der vorbehaltlosen Erfüllung zu sehen ist. Ein deutsches Rechtssprichwort lautet: Zahlung macht Frieden. Zutreffend hat man bemerkt, daß Zahlung unter Vorbehalt nicht Frieden macht, sondern Streit veranlaßt.[13]

Ist jedoch der angebliche Schuldner zur Leistung verurteilt, so daß er seine illiquiden Einreden noch geltend machen darf, so ist ihm Zahlung unter Vorbehalt verstattet.[14]

---

10) Vgl. § 948, Kuhlenbeck bei Staudinger Vorbemerkungen vor dem Titel Erfüllung mit ausf. Literaturnachweis.

11) Die Überweisung durch Girokonto, welche im Verkehr häufig ist, ist nicht Zahlung. Doch kann die Überweisung als Erfüllung vereinbart werden, dann ist mit der Umschreibung erfüllt. Hat die angewiesene Bank einmal umgeschrieben, so ist sie zur Änderung nicht berechtigt, Badische Annal. Bd. 58 S. 357, 373. Ist Zahlung durch Vermittelung des Girokontos nicht vereinbart, so kann sie vom Schuldner zurückgewiesen werden, Jur.Woch. 1892 S. 483 n. 22; vgl. Staudinger a. a. O.

12) Anderer Ansicht Stölzel, Schulung Bd. 2 S. 97, dagegen Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung 1899 S. 61 und dort Angef., Oertmann § 363 Ziff. 6; Rehbein Comment. Bd. 2 S. 269; vgl. auch Planck Anm. 3 und Staudinger Anm. 4 zu § 362. Abhandlungen von Neißer, Eccius, Martinius in Gruchots Beitr. 34, 275 ff., 42, 15 ff., 47, 760 ff. — Die Zeitschrift Das Recht Jahrg. 1902 S. 587 enthält folgende kurze Notiz über eine Entscheidung des O.L.G. Breslau v. 23. Okt. 1902: Eine vorschußweise oder bedingte bezw. mit Vorbehalt bewirkte Leistung führt vor dem Eintritt der Berechtigung auf die Leistung nicht zum Erlöschen des Schuldverhältnisses. Dem Rückforderungsanspruch gegenüber hat der Leistungsempfänger seine Berechtigung darauf nachzuweisen.

13) Liebknecht a. a. O. S. 64.

14) Durch Zahlung unter Vorbehalt wird die Beweislast nicht verändert nach Jur.Monatsschr. 1898 S. 56, 57; R.G. Bd. 26 S. 55, Bd. 30 S. 174; anderer Ansicht R.G. Bd. 7 S. 172; Bolze Bd. 13 S. 231, 232. — Vgl. Neisser, Der Vorbehalt des Zahlenden nach A.L.R., bei Gruchot Bd. 34 S. 275 ff.; Planck Anm. 3 zu § 362.

§ 115. Der Empfangsberechtigte. Fähigkeit zur Leistung.

I. An den Gläubiger muß die Leistung geschehen, § 362 Abs. 1, sei dies der ursprüngliche oder dessen allgemeiner Rechtsnachfolger oder ein Sondernachfolger.

Wer die Forderung geltend macht, hat daher seine Legitimation, wenn sie bestritten wird, darzutun.[1]

Der Schuldner kommt folglich nicht in Verzug, so lange er sich hierüber in entschuldbarer Ungewißheit befindet, B.G.B. § 285; er ist zur öffentlichen Hinterlegung befugt, wenn er entschuldbarerweise über die Person des Gläubigers im Ungewissen ist, § 372.[2]

1. Leistung an einen Nichtgläubiger befreit den Schuldner auch dann nicht, wenn er ihn entschuldbar für den Gläubiger hielt.[3] Es bleibt ihm nur der Anspruch auf Rückerstattung wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Empfänger, § 812, und wegen unerlaubter Handlung, wenn dieser sich als Gläubiger ausgab und ihn schuldhafterweise täuschte, auf Schadensersatz. Fällt freilich dem Gläubiger selbst zurechenbares Verschulden an dem Irrtum des Leistenden zur Last, so steht ihm eine Einrede entgegen, wenn er die Forderung gleichwohl geltend macht, § 823.

Wer gutgläubig an den vermeintlichen Erben seines Gläubigers leistet, welcher einen gerichtlichen Erbschein erlangt hat, ist gesichert, §§ 2366 und 2367.

Nicht minder wird der Schuldner durch Leistung an den Inhaber eines sog. Legitimationspapiers befreit, trotzdem dieser der Gläubiger nicht ist, § 808 Abs. 1.[4] [5]

2. Nur die Leistung an den vollständig geschäftsfähigen Gläubiger befreit in der Regel den Schuldner. Denn da der Geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte seine Forderung durch seine

---

1) L. 19 D. de R. I. 50, 17.

2) Vgl. unten §§ 121 ff.

3) Z. B. es nimmt jemand auf Grund eines Loses mit gefälschter Nummer Zahlung des Gewinnes in Empfang, welcher auf ein anderes Los gefallen ist. Der Inhaber des echten Loses kann Zahlung verlangen ungeachtet der dem Fälscher bereits gewährten Zahlung. — Zahlung an den durch gefälschte Zession legitimierten Zessionar befreit den Schuldner nicht, wenn er auch trotz größter Sorgfalt die Fälschung nicht entdecken konnte.

4) Über andere Fälle, in denen der gutgläubige Schuldner durch die Leistung an einen anderen als den Gläubiger befreit wird, vgl. B.G.B. §§ 407—409, 720, 851, 1473 Abs. 2, 2019, 2041, 2111.

5) Über die Einziehung der Forderung durch den Nießbraucher siehe §§ 1074 und 1077, durch den Pfandgläubiger §§ 1281, 1282, 1284 und 1291.

Rechtshandlungen nicht aufgeben kann, kann er dies auch nicht durch Annahme der Leistung. Dagegen erhält der Schuldner eine Einrede, falls das dem nicht verfügungsfähigen Gläubiger Geleistete an dessen Vertreter gelangt oder beim Empfänger nach Erlangung seiner Fähigkeit noch vorhanden oder wenigstens in dessen Vorteil verwendet ist.

Handelt es sich jedoch um eine Leistung des Schuldners, bei welcher eine Willenstätigkeit des Gläubigers nicht Platz greift, z. B. um eine Leistung an Dritte, um Arbeiten an Gegenständen des Gläubigers oder um Unterlassung, so kommt die Geschäftsfähigkeit des Gläubigers nicht in Frage.[6]

3. Dem Gläubiger darf nicht durch gerichtliche Beschlagnahme das Recht der Annahme der Leistung entzogen sein.[7] Die Beschlagnahme der Forderung wirkt im allgemeinen gegen den Schuldner, den sog. Drittschuldner, erst mit der Zustellung des Gerichtsbeschlusses an ihn, Z.P.O. § 829. Nach der Beschlagnahme ist der Schuldner berechtigt, er ist aber auf Verlangen seines Gläubigers auch verpflichtet,[8] das Geschuldete bei der Hinterlegungsstelle zu hinterlegen.

4. Nach Eröffnung des Konkurses ist an Stelle des in Konkurs geratenen Gläubigers der Konkursverwalter zur Empfangnahme der Leistung befugt, § 6 K.O. Hat aber der Schuldner nach Eröffnung des Verfahrens dennoch an den Gemeinschuldner geleistet, so wird er befreit, wenn entweder das Geleistete in die Masse gelangt ist, oder wenn er redlich d. h. ohne Kenntnis von der Eröffnung des Verfahrens geleistet hat. Vor der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung wird Redlichkeit, nach dieser Unredlichkeit des Leistenden vermutet, § 8 K.O. Die öffentliche Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablauf des zweiten Tages nach der Ausgabe des die erste Einrückung enthaltenden Blattes, § 76 Abs. 1 K.O. Der § 8 der Konkursordnung findet gemäß § 1984 B.G.B. auf die Nachlaßverwaltung entsprechende Anwendung.[9]

II. Die Erfüllung kann an den gesetzlichen Vertreter[10]

---

6) Oertmann S. 362 Ziff. 4 .

7) Über Zahlung von Miet- und Pachtzinsen nach Einleitung der Zwangsverwaltung über das Miets- oder Pachtgrundstück siehe unten Bd. 3 § 262 a Ziff. IV, der vierten Auflage.

8) Striethorst Archiv Bd. 100 S. 1; R.G. Bd. 17 S. 291; unten § 121 II.

9) In § 1984 sind irrtümlich die §§ der K.O. alter Fassung angeführt.

10) Als solche kommen u. a. in Betracht: der Vereinsvorstand B.G.B. § 26; besondere Vertreter § 29; die Ehefrau in Ausübung der Schlüsselgewalt § 1357; der Vater und die Mutter kraft der elterlichen Gewalt § 1630 und 1684 ff.; der Vormund §§ 1793 ff. und der Pfleger §§ 1909 ff.

des Gläubigers geschehen, nicht minder an den zu deren Annahme Bevollmächtigten.

Die Vollmacht zur Zahlungsannahme ist für Verkehr und Leben besonders wichtig. Nach A.L.R. I, 13 § 105 lag sie in einer Generalvollmacht allein nicht; das B.G.B. kennt aber einen derartigen Rechtssatz nicht; es ist also Frage der Auslegung und nach den Umständen zu beurteilen, ob sich eine allgemeine Vollmacht auf die Annahme von Leistungen zum Zweck einer Schuldtilgung erstreckt.

Der Überbringer einer Quittung,[11] welche von dem zum Empfange der Leistung Legitimierten ausgestellt wurde, gilt nach B.G.B. § 370 als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen.[12] [13] Dies findet selbst Anwendung, wenn eine vom Gläubiger in Erwartung der Zahlung ausgestellte Quittung vom Überbringer entwendet war, immer vorausgesetzt, daß der Leistende die im Verkehr gewöhnliche Sorgfalt nicht verabsäumte, ebenso wenn eine Blankounterschrift des Gläubigers in äußerlich unverdächtiger Weise durch eine Quittung ausgefüllt war,[14] nicht aber im Fall einer Fälschung der Unterschrift des Gläubigers.[15]

Einem Prokuristen kann wie dem Geschäftsherrn selbst geleistet werden, H.G.B. § 53; Handlungsbevollmächtigten und Agenten, wenn dies der ihnen angewiesenen geschäftlichen Stellung entspricht, H.G.B. § 54.[16] Handlungsreisende gelten insbesondere als ermächtigt, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen.[17] Dies bezieht sich nicht auf sog. Stadtreisende, das sind solche Reisende, die an Orten tätig sind, an denen

---

11) Der Überbringer einer Ware und einer unquittierten Rechnung ist nicht ermächtigt, die Zahlung in Empfang zu nehmen. Vgl. Staub, Exkurs zu § 58 Anm. 25.

12) Keyßner in d. Festgabe d. jur. Ges. z. Berlin für Koch 1903, Der Quittungsträger; Staub, Exkurs zu § 58 Anm. 16.

13) So schon altes H.G.B. Art. 296.

14) Auch der Überbringer einer Quittung in blanco ist zur Empfangnahme als legitimiert erachtet, R.O.H.G. Bd. 11 S. 32; and. Anf. Staudinger Anm. 2 zu § 370.

15) Die Vollmacht zur Quittungsleistung kann die Ermächtigung zur Empfangnahme des Geldes enthalten, Jur.Woch. 1898 S. 682 n. 69.

16) Vgl. altes H.G.B. Art. 49.

17) Ob er auch andere Forderungen, namentlich aus Geschäften eines Vorgängers, einziehen darf, bestimmt sich danach, ob seine geschäftliche Stellung den Schuldner zur Annahme führen konnte, daß er hierzu Vollmacht habe.

sich eine Niederlassung des Geschäftsinhabers befindet,[18] H.G.B. § 55. Es gilt aber für Reisende, welche als selbständige Kaufleute für Handlungshäuser Kunden aufnehmen und Bestellungen annehmen, sog. reisende Agenten.[19] Die Leistung an den Reisenden kann durch den Prinzipal verboten werden, auch in der Faktura. Das Verbot muß aber dem Schuldner derart angezeigt sein, daß er es kannte oder kennen mußte, ehe er Zahlung an den Reisenden leistete, vgl. § 173.

Schließlich gelten nach § 56 des H.G.B. die in einem Laden oder offenen Warenlager Angestellten zu solchen Empfangnahmen als ermächtigt, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen.

Die Prozeßvollmacht berechtigt nicht zur Empfangnahme des eingeklagten Gegenstandes, vielmehr nur zur Empfangnahme der von dem Schuldner zu erstattenden Kosten, Z.P.O. § 81.[20] [21]

Gerichtsvollzieher gelten dem Schuldner gegenüber durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung des Schuldtitels zur Annahme der geschuldeten Leistung und Auslieferung der Ausfertigung des Schuldtitels nebst Quittung ermächtigt, ohne daß der Gläubiger den Mangel oder die Beschränkung des Auftrags geltend machen kann, Z.P.O. §§ 754 und 755.

Das einem Vertreter Geleistete wird Eigentum des Geschäftsherrn, auch wenn der Vertreter „unmittelbarer Besitzer" des Eingenommenen wird. Nach besonderer Vereinbarung oder Verkehrsübung kann zwar der Bevollmächtigte auch bloßer Summen-

---

18) Denkschrift zum H.G.B. S. 56, R.G. Bd. 6 S. 83, weil hierfür kein Verkehrsbedürfnis besteht; Staub H.G.B. zu § 55 Anm. 4.

19) Denkschrift S. 75, Staub zu § 55 a. a. O.; Düringer und Hachenburg I S. 187, Denkschrift S. 75. Anders unsere ersten beiden Auflagen.

20) Der Prozeßvertreter ist aber legitimiert, dem Gerichtsvollzieher den Zwangsvollstreckungstitel zur Vollstreckung zu übergeben. Dadurch wird der Gerichtsvollzieher zur Empfangnahme des Streitgegenstandes legitimiert. Muß dann der Gerichtsvollzieher den Streitgegenstand der Prozeßpartei herausgeben oder ist er berechtigt und verpflichtet, das Empfangene dem Prozeßvertreter, von dem er den Auftrag zur Vollstreckung erhalten, herauszugeben? Nimmt man das letztere an, so erlangt indirekt der Prozeßvertreter die Streitsumme. In Preußen bestimmt § 45 der Geschäftsanweisung vom 12. Dez. 1899 — Just.Min.Bl. 1899 S. 646 —, daß die beigetriebenen Gelder an den Prozeßbevollmächtigten nicht abgeliefert werden dürfen, es sei denn, daß der Gläubiger eine besondere Ermächtigung hierzu entweder in der Vollmacht oder dem Gerichtsvollzieher gegenüber erklärt hat.

21) Ist in der Prozeßvollmacht dem Vertreter die Befugnis zur Empfangnahme der Streitsumme gegeben, so ist der gewöhnliche Vollmachtsstempel zu verwenden, Bl. f. Rechtspflege i. B. d. K. 1898 S. 78; Kammerg. v. 13. Mai 1901 in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 7.

schuldner werden, so daß er nur zur Aushändigung eines entsprechenden Betrags an den Vollmachtgeber verpflichtet wird. An sich ist dies aber nicht anzunehmen. Verwendet daher der Bevollmächtigte das Eingenommene zu eigenen Zwecken, so liegt darin in der Regel eine Unterschlagung.

Die Ermächtigung zur Annahme des Geschuldeten schließt die Vollmacht zur Annahme anderer Befriedigungsmittel, z. B. von Wechseln, Schecks, statt Geld an sich nicht in sich. Auch zu Verfügungen über die Forderung berechtigt sie in der Regel nicht, also namentlich nicht zur Bewilligung einer Stundung oder eines teilweisen Erlasses. Der angestellte Reisende des Kaufmanns gilt jedoch als befugt, Zahlungsfristen bezüglich der Kaufpreise aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen zu bewilligen, H.G.B. § 55 Abs. 2.

III. Die Vollmacht zur Annahme der Erfüllung ist in der Regel widerruflich, **§ 168.**[22]

Schon nach römischem Recht konnte aber der Gläubiger dem Schuldner unwiderruflich das Recht einräumen, einem bestimmten Dritten — *dem solutionis causa adjectus* — zu zahlen, was nach römischem Gebrauch durch die Formel der Stipulation „mihi aut Titio dare spondes“ geschah.[23]

Eine solche Einräumung ist zweifellos auch nach B.G.B. zulässig. Das A.L.R. I, 16 §§ 31 ff. verstattete in solchem Falle den Widerruf, wenn der Gläubiger den Schuldner wegen des hieraus erwachsenen Nachteils entschädigte, nicht minder wegen veränderter Umstände, wohin jedenfalls der Konkurs oder sonstiger Vermögensverfall des Dritten gehört.[24] Entsprechendes wird man auch nach B.G.B. als Parteiabsicht anzusehen haben, da der Gläubiger durch solche Verstattung dem Schuldner die Leistung erleichtern, keineswegs aber die Erfüllung ernstlich gefährden will. Die Ermächtigung bezieht sich nicht auf die Erben des Ermächtigten,[25] es sei denn, daß sie mehr dem Geschäft als der Person des Ermächtigten galt und seine Erben das Geschäft fortsetzen.

---

22) Leistung an den früher Bevollmächtigten nach Erlöschen der Vollmacht ohne Kenntnis des Schuldners kann Befreiung des Schuldners bewirken in den Fällen der §§ 169, 674, 729.

23) Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 55 Anm. 17.

24) Vgl. auch l. 38 pr. D. de sol. 46, 3; Planck Anm. 2 f zu § 362; Staudinger Anm. 7 zu § 362.

25) L. 81 pr. D. de sol. 46, 3.

IV. Die Berechtigung zur Annahme des Schuldgegenstandes kann dem Ermächtigten auch *in dessen eigenem Interesse* — in rem suam — erteilt sein, dann erwirbt er Eigentum des Geleisteten; er kann sich ferner mit Leistung an Erfüllungsstatt begnügen und die Schuld erlassen. Dies Recht ist vererblich.

Der Gläubiger, welchem die Forderung seines Schuldners nach deren Pfändung gerichtlich zur Einziehung überwiesen ist, Z.P.O. § 835 Abs. 1, kann eine Geldforderung nur insoweit einziehen, als dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist, § 1282 Abs. 1. Insoweit wird er Eigentümer des Eingezogenen.[26]

V. Im Fall einer Anweisung auf Schuld wird der Angewiesene durch die Leistung in deren Höhe von seiner Schuld befreit, § 787 Abs. 1.

Der Anweisungsempfänger erhebt die Schuldsumme in eigenem Namen, § 783 Abs. 1, und wird Eigentümer des Eingezogenen. Aber dies gilt doch nur im Zweifel. Ist er nach innen hin nur Vertreter, z. B. ein bloßer Diener des Anweisenden, so erwirbt er diesem das Erhobene unmittelbar.

VI. Die Annahme einer geschuldeten Leistung wird vom B.G.B. als eine *Verfügung über die Forderung* behandelt; § 362 Abs. 2 erklärt nach diesem Gesichtspunkte § 185 als anwendbar. Demgemäß ist

a) die Leistung an einen Nichtberechtigten wirksam, wenn sie *mit Einwilligung des Gläubigers* geschieht, und

b) sie wird wirksam, wenn sie der Gläubiger *nachträglich genehmigt*, nicht minder dann, wenn der Empfänger der Leistung nachträglich die Forderung erwirbt, sowie dann, wenn er vom Gläubiger beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

VII. Leistung an den Gläubiger des Gläubigers befreit den Schuldner an und für sich nicht.[27]

Der Schuldner kann aber nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag — §§ 677 ff. — Ersatz des Ausgelegten fordern und seinem Gläubiger den aufgewendeten Betrag aufrechnen.

---

26) Der Zwangsvollstreckungsgläubiger kann ohne Zustimmung des Vollstreckungsschuldners eine löschungsfähige Quittung der ihm zur Einziehung überwiesenen Hypothek erteilen. Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 392.

27) Es bildete dies eine gemeinrechtliche Streitfrage, vgl. Vangerow Bd. 3 § 582 Anm. 1; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 55 Anm. 15.

VIII. Leisten kann in der Regel nicht bloß der Schuldner, sondern jeder Dritte, wie oben — in § 49 — ausgeführt wurde. — [Es fragt sich aber, ob dadurch das Schuldverhältnis aufgehoben oder nur der Gläubiger gewechselt wird. Letzteres tritt ein nach §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1, 1164, 1225.]

Handelt es sich um bloß persönliches Tun, insbesondere um Dienste, so kann auch der geschäftsunfähige Schuldner rechtsgültig erfüllen.[28]

Hat die Erfüllung durch Rechtsgeschäft zu geschehen, so bedarf es der vollen Geschäftsfähigkeit des Leistenden zur Geltung des Geschäfts.[29] War freilich die Schuld fällig, so läßt sich eine Rückforderung nach § 812 Abs. 1 nicht begründen, es habe denn eine unerlaubte Handlung des Gläubigers eingewirkt, welcher z. B. den Minderjährigen durch Täuschung zur Zahlung seiner Schuld bestimmte. War die Schuld nicht fällig, so ist Rückforderung zulässig. Die Bestimmung des § 813 Abs. 2, wonach die Rückforderung bei vorzeitiger Erfüllung betagter Verbindlichkeiten und die Erstattung von Zwischenzinsen nicht beansprucht werden kann, ist auf den Fall der Erfüllung durch einen geschäftsfähigen Schuldner zu beschränken.[30] Man denke, der Geschäftsunfähige tilge ein nach fünf oder zehn Jahren fälliges unverzinsliches Kapital, während er präsenter Mittel bedarf.[31]

[Auch die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners durch Konkurs oder Pfändung macht die Erfüllung, soweit sie nicht bloß in Unterlassung oder persönlichem Tun besteht, unwirksam, K.O. §§ 6 und 7.]

§ 116. Beweis der Erfüllung. Quittung.[1]

I. Die Behauptung der Erfüllung ist eine Einwendung, welche der Schuldner im Streitfalle zu beweisen hat. Leugnung der Erfüllung liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger zwar Empfangnahme zugesteht,

---

28) Motive Bd. 2 S. 81; Oertmann § 362 Ziff. 4 ; Staudinger Anm. 2 a zu § 362.

29) L. 14 § 8 D. de sol. 46, 3; vgl. zum folgenden Planck Anm. 2 d zu § 362.

30) Vgl. Staudinger Anm. 2 a zu § 362 und dort Angef.

31) A.L.R. I, 16 § 171 gibt Anspruch auf Vergütung der Zinsen der Zwischenzeit, schließt aber der herrschenden Ansicht nach die Rückforderung des Kapitals aus. Diese Bestimmungen, welche weder grundsätzlich richtig, noch zweckmäßig sind, dürfen nicht vorbildlich sein.

1) Älteres Recht siehe bei Gruchot, Zur Lehre von der Quittung in seinen Beiträgen Bd. 7 S. 1. Neues Recht behandeln Reinhold, Quittungskosten und Quittungspflicht 1892. Behrend, Beiträge zur Lehre von der Quittung 1896. Collatz in Iherings Jahrb. 40 S. 135 ff. Keyßner, Der Quittungsträger 1893. Fuchs, Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit 6 S. 489 ff.

aber behauptet, es habe sich um Tilgung einer anderen als der geltend gemachten Forderung gehandelt.[2]

II. An und für sich hat der Schuldner nicht bloß zu beweisen, daß er erfüllt hat, sondern auch, daß er gehörig erfüllt hat.

In dieser Hinsicht ändert sich aber die Beweislast nach § 363,[3] wenn, wie sich das Gesetz ausdrückt, „der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat". Dann ist es Sache des Gläubigers, wenn er die angenommene Leistung gleichwohl nicht als Erfüllung gelten lassen will, darzutun, daß sie eine andere als die geschuldete oder daß sie eine unvollständige gewesen sei.

Die gesetzliche Formulierung ist freilich keine ganz zutreffende, denn nicht darauf allein kommt es an, daß der Gläubiger die Leistung *als Erfüllung*, sondern darauf, daß er sie *als richtige*, namentlich *als vertragsgemäße*, insbesondere also mangelfreie[4] annahm. Nichts anderes ist die Meinung des Gesetzes.

Die Absicht solcher Annahme kann aus bestimmten Erklärungen des Gläubigers hervorgehen, z. B. durch das Bekenntnis „richtig empfangen" zu haben. Oft ergibt sie sich aber unter Berücksichtigung der Auffassung des Verkehrs erst aus den Umständen, z. B. durch Annahme einer Geldrolle, welche die Umschrift eines bestimmten Betrags an sich trägt, für diesen Betrag ohne Nachzählung.

Die bloße Annahme zugesandter Waren reicht in der Regel noch nicht aus. Wohl aber wird vorbehaltlose schriftliche Empfangsanzeige, längeres Behalten der Ware ohne Rüge, Verfügung über die Ware das Anerkennen richtigen Empfangs in sich schließen.[5]

[Die Annahme einer dem Gläubiger als Erfüllung angebotenen, aber mangelhaften oder unvollständigen Leistung oder einer anderen als der geschuldeten Leistung in Kenntnis dieser Eigenschaften enthält regelmäßig einen Verzicht auf die Geltendmachung der dem Gläubiger infolge Mangelhaftigkeit der Leistung zustehenden Rechte.[6]]

---

2) R.G. bei Gruchot Bd. 25 S. 949, vgl. Gruchot Bd. 28 S. 936.
3) E. I § 367; Mot. Bd. 2 S. 204; Kom.Prot. Bd. 1 S. 337, Bd. 6 S. 164.
4) Vgl. R.G. vom 30. April 1904 Bd. 57 S. 400; O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 46.
5) Vgl. R.G. Bd. 4 S. 195; R.G. 66, 279; Planck Anm. 1 zu § 362; O.L.G. Colmar Recht 1904 S. 630; O.L.G. Darmstadt Hess. Rechtspr. Bd. 4 S. 154.
6) Vgl. dazu: Cohn in Gruchot Bd. 47 S. 264.

III. Dem Beweise der Erfüllung dient vorzugsweise die Quittung, d. h. ein zum Zwecke des Beweises seitens des Empfängers dem Leistenden erstattetes schriftliches Empfangsbekenntnis,[7] § 368 Satz 1.

Die Quittung fordert nach § 126, daß sie von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift[8] oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet wird; durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung wird die schriftliche Form ersetzt, § 126 Abs. 3. Was sonst zum Inhalt der Quittung gehört, ergibt die Verkehrsübung. A.L.R. I, 16 § 87 verlangte die Benennung der getilgten Schuld, des Schuldners,[9] Ort und Zeitdatum[10] außer der Unterschrift. Dies entspricht dem Gebrauch und kann daher auch jetzt verlangt werden; selbstverständlich beweist aber eine erteilte Quittung, welche in den genannten Beziehungen unvollständig ist, dennoch das, was in ihr enthalten ist.

IV. Der Schuldner hatte nach römischem Rechte sich selbst Beweismittel über die Erfüllung zu beschaffen, z. B. durch Zuziehung von

---

7) Freilich lehrt Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 137: „Die Quittung kann nimmermehr Beweismittel sein. Sie ist kein natürliches Beweismittel, weil die Quittungen in der Regel der Wahrheit zum Trotz ausgestellt werden und Unrichtiges bezeugen. Sie ist aber auch kein gesetzliches Beweismittel, weil keine gesetzliche Vorschrift bestimmt, daß sie Beweis liefere." Letzteres ist richtig. Aber wir haben keine gesetzliche Beweistheorie; ersteres ist verfehlt. Daß außergerichtliche Geständnisse gegen den Gestehenden beweisen, ist ein Satz, welcher den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft entspricht und von jeher durch die Gerichte mit Fug zugrunde gelegt wurde. Unwahrheit ist möglich — daß sie die Regel bei Quittungen bilde, ist Übertreibung —, aber diese Unwahrheit muß bei einer gesitteten Nation dargetan werden.

8) Eine mittels Firmenstempels unterzeichnete Quittung muß also der Erfüllende nicht als Quittung gelten lassen. Daß sie die Zahlung der Schuld beweisen kann, ist keine Frage. Über Straßenbahn-, Eisenbahn-, Theaterbilletts und ähnliche Marken vgl. Sellmann in Kohlers Archiv Bd. 25 S. 192.

9) Eine löschungsfähige Quittung über eine Hypothek ist nicht geeignet, den Nachweis einer Eigentümerhypothek i. S. d. § 1163 zu erbringen, wenn in der Quittung nicht erklärt ist, daß der Schuldner die Befriedigung gewährt hat. Kammerg., Jahrb. d. Kammerg. Bd. 26 A S. 149. — Aus dem auf einem Wechsel vom Indossatar unterzeichneten Quittungsvermerk „Betrag erhalten" folgt keineswegs ohne weiteres, daß die Zahlung von oder für den Akzeptanten geleistet sei. O.L.G. Marienwerder Jur. Monatsschr. f. P. 1901 S. 63.

10) Es ist im Verkehr nicht selten, daß eine Quittung vom Gläubiger vor der Leistung des Schuldners hergestellt und deshalb mit einem Datum versehen wird, das dem Tage der Leistung vorausgeht. § 370 B.G.B. setzt voraus, daß die Quittung vor der Leistung gefertigt ist. Deshalb wird ein Gegenbeweis gegen die Quittung noch nicht erbracht, wenn der Gläubiger beweist, daß zur Zeit der Quittierung nicht geleistet worden ist. Vgl. R.G. Bd. 14 S. 242, 243.

Zeugen. Rechtlich verpflichtet war der Gläubiger zur Quittungsausstellung nicht.[11] Das A.L.R. I, 16 § 86 gewährte dagegen im Einklange mit der Verkehrsgewohnheit demjenigen, welcher Zahlung leistet, ein Recht auf Quittung. Dies ist in das B.G.B. § 368 Satz 1[12] übergegangen.[13]

Nicht bloß für Zahlungen, vielmehr für Leistungen jeder Art besteht nach B.G.B. Quittungspflicht.[14]

Ein in der zweiten Kommission gestellter Antrag, von der Vorschrift eine Ausnahme für Zahlungen zu machen, bei denen nach der Verkehrssitte die Erteilung von Quittungen ausgeschlossen ist, wurde dort zwar abgelehnt. Allein sie versteht sich von selbst, mindestens bei vertragsmäßigen Verbindlichkeiten. Denn bloß zur Schikane den Anspruch geltend zu machen, ist nach § 226 unzulässig.[15]

---

11) Linde in Gießener Zeitschrift Bd. 1 n. 10; Busch, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 31 n. 1; Rudloff ebendas. Bd. 45 n. 7. — Noetel in Preuß. Verwaltungsbl. 1900 Jahrg. 21 S. 297: Quittungen schreibensunkundiger Personen in der Verwaltungspraxis.

12) Quittung fordern kann derjenige, der die Leistung bewirkt, mag es der Schuldner selbst oder ein Dritter (§ 267) sein, der für den Schuldner leistet. Jedoch nur der Schuldner selbst kann Quittung in besonderer Form (§ 368 Satz 2) und Rückgabe des Schuldscheins verlangen. And. Ans. in letzterer Hinsicht: Schollmeyer Bd. 2 S. 293; Staudinger Anm. 4 d zu § 368.

13) E. I § 269; Mot. Bd. 2 S. 88; Prot. Bd. 1 S. 337, Bd. 6 S. 164.

14) Die Quittungspflicht hat, wer die Forderung für sich eingezogen hat, namentlich also auch der Gläubiger des Gläubigers, welchem sie im Wege der Zwangsvollstreckung zur Einziehung nach Z.P.O. § 835 überwiesen war, R.G. Bd. 28 S. 437. — Der Zwangsvollstreckungsgläubiger ist auch berechtigt, ohne Zustimmung des Vollstreckungsschuldners wirksam eine löschungsfähige Quittung der ihm zur Einziehung überwiesenen Hypothek zu erteilen. Kammerger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 392. Gleiches gilt für den Pfandgläubiger, der nach § 1282 ein Einziehungsrecht hat. — Ist auf Grund einer Anweisung Zahlung erfolgt, so hat der Anweisungsempfänger Quittung zu leisten, Jur.Woch. 1892 S. 102 n. 32. — Hat ein Bevollmächtigter des Gläubigers Zahlung erhoben, so kann er quittieren, der die Leistung empfangende Gerichtsvollzieher ist hierzu sogar verpflichtet Z.P.O. § 757 Abs. 1.

15) Soll das schreibensunkundige Marktweib auf die Bezahlung für ihre gelieferten Hökerwaren zu warten haben, bis sie eine durch „gerichtlich oder notariell beglaubigtes Handzeichen“ nach § 126 Abs. 1 unterzeichnete Quittung beibringt? Das hieße sie rechtlos machen. Für Planck freilich ist die Frage durch die Ablehnung des Antrags in der zweiten Kommission erledigt, zu § 368 Ziff. 3. Anders Oertmann § 368 Ziff. 1 am Schluß. Vgl. Staudinger Anm. 4 a zu § 368. Die Ansicht Endemanns Bd. 1 § 141 Anm. 21, daß bei realen Austauschgeschäften überhaupt keine Verpflichtung begründet werde und infolgedessen auch von einer Pflicht zur Quittungserteilung ist von Planck Anm. zu § 433 zutreffend widerlegt. Der Vormund hat nach § 1841 die von ihm gelegte Rechnung mit Belegen zu versehen, soweit Belege erteilt zu werden pflegen. Hiernach braucht er Quittungen nur dann vorzulegen, wenn bei dem Geschäfte nach den Gepflogenheiten des Verkehrs Quittungen ausgestellt werden.

Die Quittung darf nicht durch Zusätze die Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses in Frage stellen; andere Vorbehalte in der Quittung sind zulässig.[16]

Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse daran, daß die Quittung in besonderer Form erteilt wird, so kann er die Erteilung in dieser Form verlangen, § 368 Satz 2. Solches Interesse hat der Schuldner, namentlich wenn die Quittung für eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist und hierzu öffentlich beglaubigter Form bedarf, B.G.B. §§ 1144, 1167 und 1192, G.B.O. § 29.[17]

Der Anspruch auf Quittung ist kein vertragsmäßiger. Er besteht auch bei außervertraglichen Verbindlichkeiten.[18] Er ist aktiv und passiv vererblich, besteht nicht nur bei vollständiger, sondern auch bei teilweiser Leistung, sofern solche angenommen wird, er kann auch nachträglich geltend gemacht werden (vgl. Z.P.O. § 757 Abs. 2.).

Der Schuldner ist nur gehalten, Erfüllung Zug um Zug gegen die Quittung zu leisten, und ist entsprechend zu verurteilen, wenn ein dahingehender Antrag gestellt wird.[19] Er kann auf Erteilung einer Quittung, wenn er ohne soche erfüllt hat, klagen[20] und die Ausstellung im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingen, sofern nicht schon die Verurteilung des Gläubigers die Quittung ersetzt, was nach Z.P.O. § 894 die Regel ist.[21]

V. Die Kosten der Quittung, z. B. ihres Stempels, dem Gläubiger, wie oft geschah, aufzulegen, war nicht gerechtfertigt. Da die Quittungsleistung im Interesse des Schuldners erfolgt, hat sie vielmehr der Schuldner zu tragen und vorzuschießen, § 369 Abs. 1 erster Satzteil.[22] [23] Anders wenn nach der Besonderheit des Rechtsverhältnisses

---

16) Vgl. Striethorst Arch. Bd. 9 S. 56.

17) Vgl. O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 271; O.L.G. Posen Jur.Mon. f. Posen 1904 S. 35.

18) R.G. Bd. 28 S. 434.

19) Gruchot Bd. 38 S. 991; vgl. auch Jur.Woch. 1894 S. 479; O.L.G. Posen Jur.Mon. f. Posen 1904 S. 35.

20) Über den Gerichtsstand der Klage siehe R.G. Bd. 28 S. 436; oben § 50 Ziff. 2.

21) Vgl. R.G. Bd. 48 S. 399, Glatzer bei Gruchot Bd. 49 S. 570. And. Ans. Bonschott in Gruchot Bd. 49 S. 29.

22) Vgl. § 61 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872.

23) Alle nach Lage des Falls erforderlichen Kosten der Quittung hat der Schuldner zu tragen, demgemäß bei Hypotheken die Kosten der löschungsfähigen Quittung in öffentlich beglaubigter Form. Ist der Gläubiger krank und entstehen dadurch, daß in seiner Wohnung die Beglaubigung erfolgen muß, besondere Kosten, so hat diese gleichfalls der Schuldner zu tragen. O.L.G. Hamburg in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 271. Anders aber liegt die Rechtslage, wenn der Gläubiger unnötige Kosten verursacht hat, z. B.

der Gläubiger z. B. der Auftraggeber, Hinterleger oder Mündel, alle infolge der Verwaltung entstandenen Kosten zu tragen hat, § 369 Abs. 1 zweiter Satzteil.

Treten infolge einer Übertragung der Forderung oder im Wege der Erbfolge an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers mehrere Gläubiger, so fallen die Mehrkosten den Gläubigern zur Last, § 369 Abs. 2. Wie dies praktisch durchzuführen ist, kann freilich zweifelhaft sein. Im Leben wird es vorzugsweise darauf ankommen, welchem Teile daran liegt, daß die Schuld erfüllt wird. Ist es der Gläubiger, so wird er bezüglich der angeblichen Mehrkosten der Quittung entgegenkommend sein, um ohne Weiterungen die Erfüllung zu erlangen. Will der Gläubiger die Leistung nicht und sich nur in mehr oder weniger guter Manier vom Vorwurf des Verzugs losmachen, so wird sich der Schuldner bereit finden lassen, die Kosten der Quittung ganz zu tragen, um dem Gläubiger den Vorwand zu benehmen. Sind beide Teile Zänker, dann Glück auf den Weg mit dem § 369 Abs. 2! Sie können Planck S. 227 vergleichen, werden damit aber nicht weit kommen.

VI. War über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt, so kann der Schuldner außer der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen, § 371 Satz 1,[24] selbstverständlich auch dies Zug um Zug gegen die Leistung. Ist die Frage der Ausstellung eines Schuldscheins streitig, so hat sie der Schuldner zu beweisen.

Der Schuldner kann das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis, daß die Schuld erloschen sei — Mortifikationsschein — vom Gläubiger[25]

---

wenn er, trotzdem er gesund ist, den Notar in seine Wohnung behufs Beglaubigung der Quittung kommen läßt. Diese Kosten kann der Gläubiger nicht erstattet verlangen, mag der Gläubiger auch eine Bank sein, die stets in dieser Weise ihre Geschäfte erledigt. Es besteht keine Verkehrssitte, daß die Vorsteher der Bank in ihren Geschäftsräumen notarielle oder gerichtliche Akte errichten. L.G. I Berlin Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1903 S. 46.

24) Rückgabe des Schuldscheins kann auch außer dem Falle der Erfüllung beansprucht werden, wenn die Forderung in anderer Weise erlosch oder von vornherein unwirksam war. Es ist dies ein Fall der condictio sine causa, insbesondere der c. causa finita, B.G.B. § 812 Abs. 1.

25) Ist eine Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt überwiesen, so kann der Vollstreckungsgläubiger vom Vollstreckungsschuldner die Herausgabe der Schuldurkunde im Wege der Zwangsvollstreckung erwirken, § 836 Abs. 3 Z.P.O., erforderlichenfalls den Offenbarungseid aus § 883 Z.P.O. verlangen. Befindet sich ein Dritter im Besitze der Urkunde, so hat der Vollstreckungsgläubiger behufs Erlangung der Urkunde Klage zu erheben. Ist aber trotz dieser Maßnahmen der Vollstreckungsgläubiger nicht imstande, den Schuldschein zu erlangen, so muß sich der Drittschuldner mit einem vom Vollstreckungsgläubiger ausgestellten

verlangen, wenn der Gläubiger behauptet, zur Rückgabe des Schuldscheins außerstande zu sein.[26] Daneben bedarf es keiner Quittung.[27] [28]

Ob der Schuldner, wenn er die Wahrheit der Behauptung des Gläubigers bestreitet, die Rückgabe des Schuldscheins Zug um Zug gegen Erfüllung seiner Schuld verlangen kann, und ob der Gläubiger in diesem Fall, um die Einrede der Zurückbehaltung wegzuräumen, beweisen muß, daß er infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zur Rückgabe außerstande sei, ist nicht ausdrücklich entschieden. Planck scheint die Frage ausnahmslos zu bejahen. Das eröffnet die Aussicht auf höchst schikanöse, weitläufige und kostspielige Prozesse. Jedenfalls wird der Schuldner, sobald der Gläubiger „behauptet", zur Rückgabe des Schuldscheins außerstande zu sein, den Beweis zu führen haben, daß der Gläubiger dennoch zur Rückgabe des Scheins in der Lage ist.[29]

Für die Regel wird man nach § 226 das Begehren des Schuldners auf Rückgabe des Schuldscheins als unzulässig anzusehen haben, wenn der Gläubiger das schriftliche Anerkenntnis der Nichtschuld anbietet. Nur wenn der Schuldner ein Interesse an der Rückgabe des Schuldscheins dartun kann, wird sich dies anders verhalten. Das Interesse muß nicht notwendig ein pekuniäres sein. Es genügt z. B., daß die Gefahr besteht, daß der Gläubiger den Schuldschein zu Verdächtigungen bei politischen Aktionen benutzen wird.[30].

Die Kosten des Anerkenntnisses hat der Gläubiger zu tragen. Dies ist selbstverständlich.

Mortifikationsschein begnügen. Die Mitwirkung des Schuldners ist bei Ausstellung dieses Scheins nicht erforderlich, da der Vollstreckungsgläubiger auf Grund der Überweisung, demgemäß aus eigenem Recht über die Forderung zu verfügen befugt ist. (Anderer Ansicht O.L.G. Marienwerder Jur.Monatsschrift f. P. 1898 S. 84. — Vgl. jedoch Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 392.)

26) Vgl. Kom.Prot. Bd. 1 S. 341: „Ferner soll, wenn die Unmöglichkeit der Rückgabe behauptet wird, die Erteilung des Mortifikationsscheins allein genügen. Man hielt es für zwecklos, daneben noch die Erteilung einer Quittung zu fordern."

27) Erklärt sich der Gläubiger vor Ausstellung des Anerkenntnisses wieder imstande, den Schuldschein auszuliefern und bietet er ihn an, so genügt dies, wenn er die inzwischen aufgelaufenen Kosten ersetzt. Ist er zur Ausstellung des Anerkenntnisses rechtskräftig verurteilt, so wird es hierdurch ersetzt, Z.P.O. § 894.

28) Bei indossabeln sowie bei Inhaberpapieren bedarf es der Rückgabe des Schuldscheins oder dessen gerichtlicher Kraftloserklärung, H.G.B. § 365 Abs. 2.

29) Vgl. Striethorst Arch. Bd. 82 S. 16.

30) And. Ans. Planck Anm. 2 zu § 371; Staudinger Anm. 4 zu § 371.

VII. Die Wirkung der Quittung tritt unmittelbar mit ihrer Aushändigung an den Schuldner ein. Der Satz des justinianischen Rechts, wonach der Gläubiger die von ihm ausgestellte Quittung binnen 30 Tagen durch einfache Verwahrung entkräften konnte[31] [32] — querela non numeratae pecuniae — ist längst beseitigt.

Dem in der Quittung enthaltenen Empfangsbekenntnis gegenüber ist der Gegenbeweis jederzeit zulässig, z. B. durch Urkunde oder durch Eid, daß trotz der Quittung Erfüllung nicht geleistet ist. Daß die Quittung, wie namentlich bei staatlichen Kassen oder auch großen Privatinstituten üblich ist, im voraus eingesendet wurde, genügt allein hierzu meist nicht.[33]

VIII. Quittungen bilden keineswegs immer bloße Empfangsbekenntnisse; häufig ist ihr Zweck vielmehr, ein Anerkenntnis des Nichtbestehens der Schuld zu geben, durch welches die Schuld nach § 397 Abs. 2 erlischt, ohne daß es zunächst auf den Grund ankommt, welcher dieses Anerkenntnis hervorruft.[34]

Ob dies der Zweck der Quittung ist, muß aus den Umständen entnommen werden. Dahin gehört, daß unzweifelhaft keine Zahlung erfolgt ist, die Quittung auch nicht in Erwartung einer Zahlung ausgestellt wurde.[35]

Nicht wenige gehen weiter. Sie sehen in der modernen Quittung ein Abbild der römischen acceptilatio, also eine formelle abstrakte Schuldtilgung. Anerkenntnis des Nichtbestehens der Schuld sei ihre notwendige, ihre einzige Funktion.[36]

---

31) L. 14 § 2 C. de non num. pec. 4, 30; Gneist, Formelle Verträge S. 25. — Dagegen schon A.L.R. I, 16 § 104; H.G.B. alt. Fassg. Art. 295; Einf.G. zur Z.P.O. § 17.

32) Über die exceptio non numeratae pecuniae im Falle des § 1139 vgl. unten Bd. 3 § 233 III der 4. Aufl.

33) [Wieweit Unklarheiten oder Widersprüche die Beweiskraft der Quittung beeinflussen, hängt von der Lage des Falles ab. Art. 5 der W.O. ist nicht anwendbar R.G. in Seuff.Arch. Bd. 59 S. 55.]

34) Ebenso neuerdings: O.L.G. Dresden im Sächs.Arch. f. bürg. Recht u. Prozeß Bd. 1 S. 151. Vgl. über die rechtliche Bedeutung der Quittung die eingehende Darstellung bei Planck Anm. 5 zu § 368, dort auch die einschlägige Literatur.

35) So R.G. Bd. 14 S. 242; vgl. auch R.O.H.G. Bd. 14 S. 340.

36) Am schärfsten spricht dies Collatz in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 135 aus. Da die Quittung keinen Beweis des Empfangs der Zahlung bilde, könne sie nichts sein als negatives Schuldanerkenntnis! Vornehmlich tritt für diese Funktion der Quittung ein Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 255. Siehe auch Dillow. Die Quittung 1895.

Dies ist unrichtig. Der zur Zahlungsannahme Bevollmächtigte ist nicht selten nicht dazu ermächtigt, über die Forderung anderweit zu verfügen, sie zu erlassen. Wäre Quittung nichts als Erlaßvertrag, so könnte er nicht quittieren. Dies hat aber noch niemand behauptet.

Das B.G.B. bezeichnet die Quittung als „Empfangsbekenntnis", § 368. Dies stimmt nicht mit der Lehre, daß sie notwendig einen Erlaßvertrag bildet.

§ 117. Tatsächliche Vermutungen für die Schuldtilgung.

I. Schon in der römischen Jurisprudenz finden sich tatsächliche Vermutungen für die Zahlung einer Schuld, welche Ergebnisse der Beobachtung des Lebens waren und den römischen Richtern Anhaltspunkte zur Beurteilung gaben. Gemeinrechtlich, im code civil art. 1282 ff. und insbesondere im A.L.R. I, 16 §§ 97 ff. haben sich diese zu Rechtsvermutungen gestaltet, welche den Richter banden, so jedoch, daß dem Gläubiger der Gegenbeweis offen stand, wonach die fraglichen Tatsachen im gegebenen Fall eine andere Bedeutung hatten.

II. Das B.G.B. kennt solche Rechtsvermutungen nicht. Aber die Tatsachen, welche ihnen zugrunde liegen, wird der Richter auch unter seiner Herrschaft beachten und damit die Erfahrungen vergangener Zeiten auch für das heutige Leben verwerten.

1. Eine tatsächliche Vermutung der Schuldtilgung wird durch Rückgabe des Schuldscheins seitens des Gläubigers an den Schuldner begründet.[1] Sie wird nicht leicht anders als durch den Nachweis eines anderen Zwecks der Rückgabe zu entkräften sein. Ist der Schuldner im Besitze der Schuldurkunde, ohne dartun zu können, daß sie ihm vom Gläubiger zurückgegeben wurde, so kann auch dies ein, wenn auch schwächeres Anzeichen sein,[2] worüber der Richter je nach den Umständen befinden wird. Zurückgabe eines von mehreren Exemplaren der Schuldurkunde unter Zurückbehaltung eines von ihnen wird in der Regel nichts für die Schuldtilgung beweisen.

2. Eine tatsächliche Vermutung der Tilgung wird in der Regel auch darin liegen, daß die Schuldurkunde beim Gläubiger oder in dessen Nachlaß — und zwar entweder das einzige oder alle Exemplare — zer-

---

1) L. 2 § 1 D. de pactis. 2, 14; A.L.R. I, 16 §§ 97 ff.; code civil art. 1282 ff.

2) Vgl. die allerdings viel weitergehende Bestimmung in § 1117 Abs. 3, wonach die Übergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger vermutet wird, wenn dieser sich im Besitze des Briefes befindet.

rissen, zerschnitten oder sonst unbrauchbar vorgefunden wird.[3] Gemeinrechtliche Juristen stritten darüber, ob der Schuldner zur Begründung der Vermutung beweisen müsse, daß die Vernichtung der Urkunde mit Willen des Gläubigers geschah, oder ob der Gläubiger zur Entkräftung der Vermutung darzutun habe, wie die Zerstörung der Urkunde geschah. Das A.L.R. schloß sich der letzteren Ansicht an. Ihr wird sich auch unter der Herrschaft des B.G.B. der Richter in der Regel zuneigen. Selbstverständlich handelt es sich aber überhaupt nur um Fälle, in welchen die Urkunde offenbar absichtlich zerstört wurde, nicht, wenn dies infolge Unfalls oder Abnutzung geschah.

3. Bei terminlichen Leistungen erzeugte nach A.L.R. I, 16 §§ 133 ff. der Nachweis einer zu verschiedenen Zeiten und vorbehaltlos durch Zahlung oder in anderer Weise erfolgten Berichtigung zweier aufeinanderfolgender Raten die gesetzliche Vermutung der Tilgung älterer Raten. Folgten die Termine nicht unmittelbar aufeinander, so sollten die Umstände des Falles für die richterliche Überzeugung bestimmend sein. Auch nach B.G.B. wird der Richter in ähnlicher Weise zu urteilen haben.

4. Aus der Quittung über eine jüngere Schuld war nach früherem Rechte die Tilgung einer älteren nicht zu folgern. Auch inskünftige wird vom Richter in der Regel ein solcher Schluß nicht gemacht werden.

Wenn aber Kaufleute über die Rechnungsposten des letzten Jahres am Jahresschlusse quittiert haben, so lag hierin nach A.L.R. I, 16 §§ 147, 148[4] die Vermutung, daß auch die Rechnungsposten früherer Jahre erledigt seien. Dies entsprach den Lebensverhältnissen. Wird doch das Saldo des früheren Jahres ordnungsmäßig in die spätere Rechnung gestellt; daher wird auch inskünftige die gleiche Vermutung als tatsächliche in allen Fällen Platz greifen, in welchen sich Geschäftsleute so mit ihren Kunden jährlich auseinanderzusetzen pflegen.

§ 118. Anrechnung der Zahlung bei mehreren Forderungen.[1]

I. Zweifel können über die Anrechnung entstehen, wenn derselbe Schuldner demselben Gläubiger verschiedene gleichartige Leistungen, ins-

---

3) L. 24 D. de probat. 22, 3; vgl. A.L.R. I, 16 §§ 102, 103; O.Trib. Bd. 45 S. 141. — Vgl. auch § 2255 B.G.B.

4) Vgl. Deutsche Jur.Ztg. 1898 S. 249 n. 32.

1) Henrici in Iherings Jahrb. Bd. 14 S. 428; Struckmann das. Bd. 15 S. 251. Kretschmar a. a. O. S. 109 ff.

besondere Geldsummen schuldet, falls das zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers Geleistete nicht für alle Forderungen ausreicht.

Nach römischem Rechte geschah die Bestimmung der zu tilgenden Schuld mittels einseitiger Erklärung des Schuldners, welcher sich der Gläubiger unterordnen mußte.[2] Für den Fall, daß der Schuldner keine Bestimmung traf, durfte sie der Gläubiger zwar nachholen, aber nur so, wie dies ein sorgfältig seine Interessen wahrender Schuldner getan hätte, also zunächst auf die dem Schuldner lästigste Schuld.

Dies hatte etwas Hartes für den Gläubiger, da die Interessen der bei der Zahlung Beteiligten häufig entgegengesetzte sind.

Das A.L.R. I, 16 §§ 150 ff. behandelte die Zahlung als zweiseitiges Geschäft und entwickelte hiernach zum Teil abweichende Sätze.

II. Das B.G.B. §§ 366 und 367[3] teilt den römischen Standpunkt, schleift aber vermittelnd dessen Härten ab und nähert sich hierdurch dem preußischen Rechte.

1. Die Parteien können im voraus vereinbaren, daß künftige Zahlungen auf eine bestimmte Forderung anzurechnen sind.

Das Gesetz sieht diesen Fall nicht besonders vor. Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß eine solche Vereinbarung maßgebend ist.[4] Es liegt in ihr ein Verzicht sowohl des Gläubigers wie des Schuldners auf § 366. Bestimmt also der Schuldner gleichwohl bei einer Zahlung Anrechnung auf eine andere Forderung, so muß der Gläubiger hierauf nicht eingehen. Bestimmt der Schuldner nichts beim Leistungsakte, so kommt ihm § 366 Abs. 2 nicht zugute, die vorher getroffene Vereinbarung entscheidet.[5]

2. Von diesem Fall abgesehen, wird diejenige Schuld getilgt, welche der Schuldner bei der Leistung bestimmt,[6] § 366 Abs. 1.

---

2) L. 1 C. de sol. 8, 43, l. 1, l. 2, l. 3 D. de sol. 46, 3; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 55.

3) E. I. § 267; Mot. Bd. 2 S. 86; Kom.Prot. Bd. 1 S. 335.

4) So auch O.L.G. Karlsruhe in Bad.Rechtspr. 1902 S. 190. R.G. 66 S. 54 ff.

5) Planck S. 219 Anm. 2 zu § 366 behauptet dagegen, eine im voraus getroffene Vereinbarung der Parteien sei nicht maßgebend, wenn der Schuldner bei der Leistung eine abweichende Bestimmung träfe; sie verpflichte den Schuldner lediglich zum Schadensersatz wegen Vertragsverletzung und berechtige den Gläubiger zur Ablehnung der angebotenen Leistung, ohne daß er in Annahmeverzug geriete. [Dies ist durch R.G. 66 S. 54 mit Recht ausdrücklich abgelehnt. Vgl. dagegen Oertmann zu § 366 Ziff. 1.]

6) Nur für freiwillige Leistungen gelten die Vorschriften des § 366, keineswegs für zwangsweise Beitreibung, auch nicht für den Fall des § 1233 Abs. 2 (Befriedigung des Gläubigers aus dem Verkauf eines für mehrere

Die Bestimmung ist ein einseitiges, sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie muß nicht ausdrücklich sein, ergibt sich vielmehr häufig aus den Umständen. Wenn z. B. der Schuldner einer fälligen Darlehnsforderung von seinem Gläubiger fortlaufend Waren bezieht und diesem regelmäßig den Fakturen über die Waren entsprechende Summen schickt, müssen die Warenschulden als getilgt gelten.[7]

Hat der Gläubiger und zwar längstens bei der Quittungslegung die Anrechnung auf eine bestimmte Schuld erklärt und hat der Schuldner nicht unverzüglich widersprochen, so wird dies in der Regel zugleich als Bestimmung des Schuldners anzusehen sein.

3. Fand keine Bestimmung des Schuldners statt — oder ist solche nicht nachweisbar —, so soll die Anrechnung so geschehen, wie sie billigerweise mit Rücksicht auf die beiderseitigen Interessen zu machen war.

In diesem Sinne treffen § 366 Abs. 2 und § 367 Vorschriften, und zwar nicht bloß für Zahlungen, sondern für Leistungen jeder Art.[8]

Vorausgesetzt ist eine Mehrheit von Verbindlichkeiten.[9] [Diese brauchen nicht auf einer Mehrheit von Schuldverhältnissen zu beruhen, es genügt, daß die mehreren Schulden aus einem einzigen Schuldverhältnis, z. B. aus einem Miet- oder Pachtvertrage herrühren.] Teilleistungen sind durch § 366 nicht betroffen.[10]

Im einzelnen gilt folgendes:

a) Zuvörderst ist auf etwaige Kosten, dann auf Zinsen und zwar auf gesetzliche wie Vertragszinsen, welche zur Zeit der Zahlung bereits verfallen waren, anzurechnen, B.G.B. § 367 Abs. 1. Ältere Zinsrück-

---

Forderungen haftenden Pfandes). Vgl. R.G. Bd. 13 S. 191; l. 96 § 3 D. de sol. 46, 3. Daß das eben Gesagte für § 366 Abs. 1 gilt, ist unstreitig, hinsichtlich des Abs. 2 and. Ans. Planck Anm. 5, Staudinger Anm. 2 c zu § 366.

7) [Übereinstimmend: R.G. v. 18. Dezember 1903 Jur.Woch. 1904 S. 58; O.L.G. Colmar Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 45. Nach letzterer Entscheidung liegt eine wirksame stillschweigende Bestimmung des Schuldners nur dann vor, wenn der Gläubiger den Willen des Schuldners erkennen konnte.]

8) A.L.R. I, 16 §§ 150 ff. sprach nur von Zahlungen.

9) Nach ständiger Rechtsprechung hat der klagende Gläubiger, welcher behauptet, daß die vom Beklagten eingewandte Zahlung sich nicht auf die im Prozesse befangene, sondern auf eine andere ihm gegen den Beklagten zustehende Forderung beziehe, nur das Bestehen dieser andern Forderung nachzuweisen, während der Schuldner, falls dieser Nachweis geführt ist, beweisen muß, daß die andere Forderung schon früher getilgt oder daß die Zahlung gerade auf die eingeklagte Forderung geleistet oder nach dem Gesetze zu verrechnen sei. R.G. v. 8. Dez. 1900 in Jur.Woch. 1901 S. 18 n. 28; vgl. R.O.H.G. Bd. 12 S. 90, Bd. 19 S. 246; Gruchot Bd. 25 S. 948, Bd. 28 S. 936; Seuff.Arch. Bd. 45 S. 401; R.G. v. 24. Okt. 1903 Bd. 55 S. 411.

10) Jur.Woch. 1887 S. 441 n. 27; R.G. v. 20. Febr. 1904 Bd. 57 S. 97.

stände haben vor späteren den Vorzug. Verjährte Zinsen kommen nicht in Betracht.

b) Unter mehreren Kapitalsposten ist die Leistung auf die fällige Schuld zu rechnen.

c) Dann kann der Gläubiger auf die Post anrechnen, welche am wenigsten Sicherheit bietet. Diejenige also steht nach, welche durch Hypothek, durch Pfand, durch Bürgen oder wenigstens durch persönliches Vorrecht begünstigt ist.[11] Auch die einer kurzen Verjährung unterworfenen Forderungen gelten als weniger sicher als der ordentlichen Verjährung unterliegende.[12]

d) Sind die Forderungen von gleicher Sicherheit, so geschieht die Anrechnung auf diejenige Post, welche dem Schuldner lästiger ist, z. B. schwerere Zinsbedingungen enthält, durch Vertragsstrafen belastet ist, oder für die ein vollstreckbarer Titel besteht.[13]

e) In Ermanglung der bisher angegebenen Bestimmungsgründe hat die ältere Forderung den Vorzug. Damit ist wohl gemeint die früher fällige.[14]

f) Letztlich ist auf alle Schuldposten verhältnismäßig abzurechnen.[15]

4. Geht der Gläubiger auf die Bestimmung des Schuldners nicht ein oder trifft er ohne Zustimmung des Schuldners eine von den gesetzlichen Regeln abweichende Bestimmung, so kommt er in Annahmeverzug.

---

11) Auch eine Forderung aus einem gewöhnlichen zivilrechtlichen Verhältnis bietet geringere Sicherheit als eine Wechselschuld, O.L.G. Marienwerder Recht 1904 S. 552.

12) Übereinstimmend: Planck Anm. 4 b zu § 366. Schon das O.Trib. erkannte im Sinne des A.L.R. I, 15 § 56, wonach „der Gläubiger die gezahlte Summe auf diejenige Post anrechnen kann, bei welcher ihrer Qualität nach die wenigste Sicherheit ist", daß eine in zwei Jahren verjährende Warenforderung als minder sicher zu halten sei als eine Darlehensforderung, Striethorst Archiv Bd. 61 S. 139. Das R.G. hat sich dem O.Trib. angeschlossen, Gruchot Bd. 29 S. 686; Bolze Bd. 1 n. 406 und 411. Es ist anzunehmen, daß gleiches nach B.G.B. gilt, welches sich die Bestimmung A.L.R. nach den Beschlüssen der zweiten Kommission aneignete.

13) O.L.G. Stuttgart Jahrb. der Württ. Rechtspfl. Bd. 15 S. 289.

14) And. Ans. Planck Anm. 4 d, Staudinger Anm. 2 e zu § 366.

15) Hat der Schuldner eine Bestimmung nicht getroffen, und würde gemäß der gesetzlichen Bestimmung die durch Bürgschaft gesicherte Forderung untergegangen sein, so kann durch nachträgliche Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner des Inhalts, daß eine andere Forderung als getilgt gelten solle, der einmal befreite Bürge nicht wieder verpflichtet werden, R.G. Bd. 29 S. 110. — Striethorst Arch. Bd. 17 S. 151. Vgl. Planck Anm. 2 Abs. 2 zu § 366; Kam.Ger. Recht 1904 S. 47.

Die Anrechnung auf Kosten und Zinsen vor der Hauptleistung gilt aber als eine derart natürliche, daß der Gläubiger nicht in Annahmeverzug kommt, wenn er eine hiervon abweichende Bestimmung des Schuldners nicht gelten läßt und die mit solcher Bestimmung angebotene Leistung zurückweist, B.G.B. § 367 Abs. 2.

Zweites Kapitel.

Leistung an Erfüllungsstatt. Novation.

§ 119. Leistung an Erfüllungsstatt.[1]

I. Die Obligation erlischt, wenn der Gläubiger durch Leistung an Erfüllungsstatt etwas anderes als das Geschuldete als Erfüllung annimmt, § 364 Abs. 1.[2] [3]

1. Gemeinrechtlich sprach man von datio in solutum, nach A.L.R. II, 16 § 233 von Angabe an Zahlungsstatt. Leistung an Erfüllungsstatt ist genauer. Denn diese Schuldtilgung kann sich nicht bloß durch Hingabe von Sachen vollziehen, sondern durch Werte jeder Art, namentlich durch Abtretung von Rechten, z. B. eines Forderungsrechts, eines Patentrechts, Begründung einer Gerechtigkeit, Überlassung eines Nießbrauchs.

Auch die Begründung einer neuen Schuld, sei es seitens des bisherigen Schuldners oder eines Dritten, kann Leistung an Erfüllungsstatt bilden, § 364 Abs. 2. Doch ist dies besonderer Art.

2. Die Leistung muß Schuldtilgung bezwecken.[4] Wird dies, wie oft, nicht besonders ausgesprochen, so kann es sich aus den Umständen

---

1) Römer, Die Leistung an Zahlungsstatt 1866; Cohn in Endemanns Handbuch der H.R. III, S. 1075; Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 540 ff.; R. Ernst, Mangelhafte Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt 1890; Berndorff, Die Annahme an Erfüllungsstatt 1904; G. Müller, Seuff.Bl. für Rechtsanw. 1905 S. 553, Die Hingabe erfüllungshalber; Stampe, Das Kausaproblem des Zivilrechts 1904.

2) E. I § 264; Mot. Bd. 2 S. 82; Prot. Bd. 1 S. 333.

3) Der Unterschied von Erfüllung, welche der Gläubiger dem Vertrage gemäß zu fordern hat, und der durch Vereinbarung der Beteiligten bewirkten Tilgung des Schuldverhältnisses durch Leistung an Erfüllungsstatt ist von erheblichster Bedeutung im Konkurse des Schuldners in Ansehung der Anfechtbarkeit, § 30 Ziff. 2 K.O.

4) Mit Recht hat das R.G. in folgendem Fall eine Leistung an Erfüllungsstatt nicht angenommen. Der Schuldner hatte dem Gläubiger eine Lebensversicherungspolice mit Dividende abgetreten und die Verpflichtung zur Fortzahlung der Versicherungsprämien übernommen, während der Gläubiger versprach, seine Forderung nicht geltend zu machen und nach dem Tode des Schuldners Befriedigung aus der Versicherung zu nehmen. Der Umstand, daß der Schuldner, solange er die Prämienzahlungen leistet, vom

ergeben. Bei Übernahme einer neuen Verbindlichkeit ist diese Absicht im Zweifel nicht anzunehmen, § 364 Abs. 2.

Zur Vollendung der Vereinbarung ist Einigung über den Betrag erforderlich, zu welchem das Geleistete angerechnet werden soll. Ausdrücklich muß auch diese Feststellung selbstverständlich nicht sein.

II. Die Leistung an Erfüllungsstatt tilgt die Schuld schlechthin. Bürgen, Mitschuldner werden durch sie befreit, Pfandrechte erlöschen.

War die Leistung an Erfüllungsstatt nichtig, z. B. wegen Wuchers, § 138 Abs. 2, — eine Nichtigkeit, die bei Geschäften dieser Art nicht fern liegt —, so bleibt selbstverständlich die Forderung als nur scheinbar getilgt bestehen und die Befreiung der Bürgen wie anderer Akzessionen ist nicht erfolgt. Nicht anders ist es, wenn die Leistung an Erfüllungsstatt wegen Irrtums, Betrugs oder widerrechtlicher Drohung anfechtbar war und angefochten wurde, § 142 Abs. 1.

III. Gemeinrechtlich bestand Streit darüber, ob im Falle der Entwährung einer in Zahlung gegebenen Sache der Gläubiger nur einen Eviktionsanspruch habe oder ob die ursprüngliche Forderung auflebe, oder ob der Gläubiger die Wahl zwischen beiden Ansprüchen habe.[5] Nach A.L.R. I, 16 § 242 galt die Forderung an sich als getilgt, so jedoch, daß der Gläubiger im Falle gerichtlicher Inanspruchnahme des Angegebenen durch einen Dritten, wenn sie innerhalb eines Jahres erfolgte, den ursprünglichen Schuldgegenstand gegen Rückgabe des Angegebenen fordern konnte.[6]

Nach B.G.B. § 365[7] hat der Schuldner wegen Mangels im Recht oder wegen Mangels der Sache wie ein Verkäufer zu haften.[8]

Gläubiger nicht in Anspruch genommen werden kann, macht den Vertrag nicht zu einer Hingabe an Zahlungsstatt. Der Vertrag bezweckt nicht endgültige Lösung des Schuldverhältnisses, sondern eine besondere Art der Befriedigung des Gläubigers. R.G. v. 13. Juni 1902 in Jur.Woch. 1902 Beilg. 10 S. 254. — Vgl. R.G. Entschdg. Bd. 47 S. 48.

5) L. 24 pr. D. de pign. a 13, 7; l. 4 C. de evict 8, 45; l. 46 pr. § 1 D. de sol. 46, 3; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 58.

6) Dies gilt noch für eine vor dem 1. Januar 1900 vollzogene Leistung an Erfüllungsstatt.

7) Hierzu besonders Stampe a. a. O.; Cohn im „Recht" 1905 S. 102: Die Wandelung bei Hingabe an Erfüllungsstatt durch Dritte.

8) Die Leistung an Erfüllungsstatt ist aber vom Kauf mit hinzutretender Aufrechnung zu unterscheiden, wenn auch wirtschaftlich der gleiche Erfolg der Tilgung erreicht werden kann. Ob ein solcher Kauf vorliegt und das Kaufgeld mit der Gegenforderung aufgerechnet ist, muß nach Lage des einzelnen Falles geprüft werden. Vgl. R.O.H.G. Bd. 8 S. 97, Bd. 16 S. 158, Bd. 20 S. 37, Bd. 24 S. 204.

Auf die alte Schuld kann er also nicht zurückgreifen, es sei denn die Leistung an Erfüllungsstatt durch auflösende Bedingung davon abhängig gemacht, daß dem Gläubiger das Geleistete dauernd und im vertragsmäßigen Zustande zuteil wird. [Ist aber eine gepfändete Geldforderung an Zahlungsstatt zum Nennwert überwiesen, so ist der Gläubiger nur insoweit befriedigt, als die ihm überwiesene Forderung besteht. § 835 Z.P.O.]

Da der an Erfüllungsstatt Leistende wie ein Verkäufer haftet, so erwirbt der Gläubiger die Ansprüche aus § 433 insbesondere auf Verschaffung des Eigentums[9] der angegebenen Sache, ferner das Recht auf Wandlung und auf Minderung wegen Sachmängel. War eine Forderung oder ein sonstiges Recht geleistet, so haftet der Schuldner für deren rechtlichen Bestand.[10]

IV. Die bloße Vereinbarung über eine Leistung an Erfüllungsstatt hebt die ursprüngliche Obligation nicht von Rechts wegen auf, gibt aber dem Schuldner eine Einrede gegenüber der Forderung des ursprünglichen Schuldgegenstandes.

§ 120. Die Novation.

I. Für das römische Recht war die Novation von größter Bedeutung.[1]

1. Denn die römische Obligation, einmal begründet, nahm grundsätzlich Veränderungen durch spätere Vereinbarung der Parteien nicht auf. Sollten solche dennoch vorgenommen werden, so bedurfte es der Schaffung einer neuen Obligation an Stelle der alten.

---

9) Nach den Grundsätzen über die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann der Gläubiger wegen Mängel im Recht zurücktreten. Aber auch dadurch lebt die getilgte Forderung nicht wieder auf, vielmehr hat der Gläubiger dann nur einen Anspruch auf Wiederherstellung der getilgten Forderung, und soweit dies nicht erreichbar ist, nach den allgemeinen Grundsätzen auf Schadenserfatz; vgl. dazu: Planck S. 217 Anm. 1.

10) [Dies gilt auch, wenn ein Dritter an Stelle des Schuldners an Erfüllungsstatt leistet, sofern nicht besondere Umstände, wie die Erteilung des Auftrags zu der geschehenen Leistung oder deren Genehmigung die Haftung des Schuldners begründen. Planck und Staudinger Anm. 4 zu § 365 sowie Cohn a. a. O. übernimmt der Schuldner oder ein Dritter an Erfüllungsstatt dem Gläubiger gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so findet die Vorschrift des § 365 auf die neue Verbindlichkeit keine Anwendung. Die Haftung des Schuldners oder des Dritten bestimmt sich vielmehr ausschließlich nach dem Inhalt der neuen Verbindlichkeit. Planck und Staudinger Anm. 5 zu § 365.]

1) Vgl. die bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 59 Angeführten.

Dies war die Novation: Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer neuen, auf dasselbe Ziel gerichteten.

Vom juristischen Standpunkt aus lag in der Novation Neuschaffung, eine wirtschaftliche Umwandlung. Das einmal begründete Kreditverhältnis wurde in veränderter Rechtsgestalt fortgesetzt, der Vermögensausstand blieb derselbe.

Die Veränderung konnte darin liegen, daß die neue Obligation anderer Art war als die bisherige, insbesondere ein günstigeres Klagerecht gewährte, z. B. eine Kaufgeldschuld wurde durch Stipulation ersetzt; es konnte ferner der Gegenstand umgewandelt werden, während der Wert derselbe blieb, z. B. durch das Versprechen von Geld statt Ware. Insbesondere wurde durch Novation Veränderung der Person vermittelt, nämlich,

a) so, daß ein neuer Gläubiger eintrat auf Grund einer Forderungsüberweisung — aktiven Delegation — des bisherigen Gläubigers;

b) ferner so, daß ein neuer Schuldner die Verpflichtung übernahm, sog. Expromission.

Auch die Expromission gründete sich meist auf die Überweisung des bisherigen Schuldners — Schuldüberweisung, passive Delegation. Notwendig war dies nicht.

2. Die römische Novation setzte voraus

a) eine ältere Obligation, mindestens eine naturale,

b) eine neue Obligation. Sie wurde mittels Stipulation in das Leben gerufen.

c) Endlich war die Absicht zu novieren — animus novandi — erforderlich.

Diese Absicht muß nach justinianischem Rechte[2] besonders erklärt sein. Sonst bestehen konkurrierende Obligationen, die auf dasselbe Ziel gerichtet sind.

II. Nach heutiger Rechtsauffassung ist das Rechtsverhältnis fähig, unbeschadet seines Bestandes Veränderungen durch die Beteiligten anzunehmen. Dies gilt für seinen Inhalt, für den Wechsel des Gläubigers, welcher sich mittels

---

2) L. 8 C. de novat. 8, 41.

Abtretung vollzieht, endlich selbst bezüglich des Wechsels des Schuldners mittels Schuldübernahme.

Daher ist weniger Veranlassung dazu, bestehende Obligationen ganz aufzuheben und durch neue zu ersetzen, worin das Wesen der Novation liegt.

Dennoch werden die Beteiligten nicht selten Interesse und Absicht haben, an die Stelle einer alten Verbindlichkeit eine neue zu setzen. Dabei wird ihnen häufig nicht die Tilgung der alten Obligation, sondern die Begründung der neuen in erster Linie stehen, z. B. ein Verkäufer, welcher Zahlung an einem dritten Orte zu machen hat, zieht vor, statt des Kaufpreises einen Wechsel auf diesen Ort vom Käufer zu nehmen.

Da das B.G.B. die Vertragsfreiheit anerkennt, so sind, obgleich sie das B.G.B. nicht besonders erwähnt, auch Novationen zulässig, wenn sie die Beteiligten wollen. Sie sind auch keineswegs als Leistung an Erfüllungsstatt zu denken, wenn auch § 364 Abs. 2 darauf hinzuweisen scheint. Denn es fällt schwer in das Gewicht, daß sich im Falle der Novation das Kreditverhältnis fortsetzt und nicht, wie bei Leistung an Erfüllungsstatt schlechthin getilgt wird.[3]

Dies tritt im B.G.B., besonders bei Spielgeschäften, § 762, und Differenzgeschäften, § 764, hervor.[4]

Das Gesetz mißbilligt solche Geschäfte, es verschließt daher jeden Weg zu deren Erzwingung. Hat aber der Schuldner erfüllt, so kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden. Gleiches gilt für die sachliche Leistung an Erfüllungsstatt, vgl. § 364 Abs. 1. Soll dagegen nur die Verbindlichkeit durch eine andere ersetzt werden, geschah also bloße Novation, so wird die neue Verbindlichkeit nicht begründet; der Makel, welcher dem Kreditverhältnis als solchem anklebt, bleibt bestehen, solange es nicht sachlich getilgt ist, § 762.

Wenn wir auch den Rechtsbegriff der Novation festhalten, so lassen sich gleichförmige, für alle Fälle unbedingt anwendbare Rechtssätze für ihn nicht aufstellen.

§ 121. Einzelne Fälle der Novation.

I. Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger laut B.G.B. § 607 Abs. 2

3) Übereinstimmend: R.G. v. 11. Mai 1903 Jur.Woch. 1903 Beilg. S. 96.

4) Die Hingabe an Erfüllungsstatt ist kein Rechtsgeschäft, welches ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 181 B.G.B. besteht. Kammerg. in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1903 S. 97.

vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen.

Dies ist der reinste Fall einer Umwandlung.[1]

Vorausgesetzt ist, daß eine ältere Schuld besteht. Sie kann auch eine klaglose sein; eine vom Gesetz mißbilligte darf sie nicht sein.

Die bisherige Schuld wird durch die Umwandlung in das Darlehen vollständig getilgt. Daher gehen Vorrechte unter, desgleichen Sicherheiten; natürlich können diese für die neue Schuld wieder bestellt werden, wobei aber die Voraussetzungen einer Neubestellung vorhanden sein müssen. Die Tilgung ist davon abhängig, daß die Vereinbarung über die Umwandlung in ein Darlehen gültig ist, so daß aus ihr eine neue Forderung entspringt. [Daher können aus dem alten Schuldverhältnis nur solche Einwendungen gegen das neue Schuldverhältnis hergeleitet werden, welche das Dasein der alten und damit auch das der neuen Schuld in Frage stellen.[2]]

Die neue Forderung hat rechtlich dieselben Eigenschaften, wie eine durch Auszahlung begründete Darlehnsforderung. Insbesondere untersteht sie der Verjährung von 30 Jahren, wenn auch die zugrunde liegende Forderung kurz verjährbar war.

Es steht nichts im Wege, daß ein neuer Gläubiger der Darlehnsgläubiger, ein neuer Schuldner der Darlehnsschuldner wird.

II. Nach bisherigem Rechte wurde angenommen, daß im Fall eines Kontokorrentvertrags die zwischen den Beteiligten begründeten Forderungen, welche in den Kontokorrent gehören, noviert wurden, wenn sie in die Rechnung gestellt und in den Saldo aufgenommen waren, sofern der Saldo beiderseits anerkannt und auf neue Rechnung vorgetragen war. Daher nahm man an, daß Vorrechte, Pfandrechte, sowie Sicherheiten anderer Art, welche für die ursprüngliche Forderung bestanden, infolge der Aufnahme in den Kontokorrent erloschen.[3]

---

1) Nur wenn die Darlehnsvaluta durch Tilgung der alten Schuld berichtigt werden sollte, kann von einem „Darlehn", einer „Verwandlung der alten Schuld in ein Darlehn", Motive Bd. 2 S. 312, gesprochen werden. Freilich kann aber die Erklärung des Schuldners, darlehnsweise zu schulden, eine geringere Tragweite haben und im Grunde nur bedeuten, es soll die Schuld stehen bleiben, es solle länger kreditiert werden. So hat R.G. bei Gruchot Bd. 36 S. 688 in preußischer Sache angenommen, daß aus einem Schuldschein, in welchem der Gläubiger erklärte, eine geschuldete Summe „darlehnsweise" stehen zu lassen und der Schuldner sich zu Zinsen verpflichtete, eine Umwandlung der Schuld in ein Darlehn nicht zu finden sei. Dies war Auslegungsfrage, vgl. auch Gruchot Bd. 35 S. 1197.

2) R.G. Bd. 62 S. 51.

3) R.G. Bd. 10 S. 53, Bd. 18 S. 246; 25, 16.

Das neue H.G.B. § 356 Abs. 1 bestimmt dagegen, daß Pfandrechte, Bürgschaften, sowie andere Sicherheiten, welche für einzelne in den Kontokorrent aufgenommene Forderungen bestanden, durch das Anerkenntnis des Kontokorrentsaldos nicht aufgehoben werden.[4] Daß dies auch nicht durch Vortrag auf neue Rechnung geschieht, ist folgerecht.[5]

Aufnahme einer Forderung in den Kontokorrent bewirkt also keine Novation mehr.[6]

III. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse, welche nach §§ 780 und 781 selbständige Verbindlichkeiten begründen, können die zugrunde liegenden Forderungen novieren, wenn dies die Absicht ist.

In der Regel treten sie jedoch konkurrierend neben die alte Obligation, welche sich erhält.[7] Der Gläubiger kann also beide Forderungen geltend machen; ihn schließt die Einrede der Rechtshängigkeit nicht aus, wenn er aus dem einen Schuldgrunde geklagt hat und nachher aus dem anderen Grunde Klage erhebt. Eine Zahlung aber tilgt beide Obligationen.

IV. Novation kann auch geschehen durch Wechsel, wenn sie in der deutlich erklärten Absicht sofortiger und endgültiger Begleichung einer Schuld angenommen wurden, was in den Ausdrücken „durch Akzept beglichen", „Betrag mit Akzept erhalten" wohl liegen mag.

Aber in der Regel nimmt man die Eingehung einer Wechselschuld, insbesondere die Übermachung einer Tratte gegenüber seinem Gläubiger nur „zahlungshalber" vor.[8]

Dem Gläubiger liegt dann Sorgfalt zur Erhaltung des Wechselanspruchs ob. Welches Maß von Tätigkeit ihm bei Einziehung des Wechsels obliegt, hängt von der Art der Geschäftsverbindung ab.[9] Wird vom Bezogenen die Annahme des Wechsels verweigert, so darf er in

---

4) Wie in dem Falle K.O. § 193.

5) Anderer Ansicht ist jedoch Cosack, Handelsrecht S. 352.

6) [Ebenso Kuhlenbeck bei Staudinger Vorbemerkungen zu §§ 362 ff. n. V 1 Ad; ausführlich, jedoch abweichend: Staub Anm. 2 ff. zu § 355 und Anm. 1 zu § 356 H.G.B. und dort Angeführte. Desgl. Makower: H.G.B. Anm. 1 zu § 356.]

7) Vgl. oben § 90. Für das Abrechnungsgeschäft siehe aber auch dort I, Abs. 2.

8) R.O.H.G. Bd. 5 S. 256, Bd. 4 S. 365; Bolze Bd. 23 n. 391. [Wer Hingabe an Zahlungsstatt und damit Tilgung behauptet, hat demnach die Beweislast. O.L.G. Bamberg Seuff.Arch. Bd. 57 S. 448.]

9) Vgl. darüber: Staudinger S. 282 Anm. $\beta\beta$ zu § 364.

der Regel aus der ursprünglichen Forderung unter Rückgabe des Wechsels die Klage erheben.[10]

Erhält der Gläubiger die Wechselsumme vom Bezogenen oder einem anderen Wechselschuldner oder erlangt er den Wert des Wechsels durch Veräußerung in dauernder Weise, so ist die ursprüngliche Forderung getilgt.

Sehr häufig werden auch Anweisungen an den Gläubiger des Anweisenden zahlungshalber begeben. Selbst die Annahme durch den Angewiesenen tilgt die Forderung des Anweisungsempfängers gegenüber dem Anweisenden nicht. Erst Zahlung durch den Angewiesenen hat diese Wirkung.[11]

Drittes Kapitel.

Die öffentliche Hinterlegung.

§ 122. Die Hinterlegung im allgemeinen.[1]

I. Wenn es am Gläubiger liegt, daß sich der Schuldner nicht durch Erfüllung befreien kann, so öffnet ihm die Hinterlegung einen Weg, sich zu entlasten.

Die Hinterlegung gehört teils dem öffentlichen, teils dem bürgerlichen Rechte zu.

Dem bürgerlichen Recht unterliegt unter anderem die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Hinterlegung zulässig ist, in welchem Maße die Schuld auf diesem Wege getilgt wird, endlich inwiefern dem Hinterlegenden noch Rückforderung des Hinterlegten gestattet ist. Über diese Punkte bestimmt daher B.G.B. §§ 372—386.

---

10) [Vgl. O.L.G. Colmar im Recht 1906 S. 1088. Danach kann der Gläubiger, der einen Wechsel erfüllungshalber angenommen hat, auf seine ursprüngliche Forderung nur dann zurückgreifen, wenn er in der Lage ist, dem Schuldner den Wechsel zurückzugeben oder ihm Befreiung von der Wechselverbindlichkeit zu verschaffen.]

11) Dies gilt auch für den Scheck, vgl. unten Abt. 2 § 239, O.L.G. Dresden, Sächs. Annalen Bd. 24 S. 426.

1) Ulrich, Die Deposition und die Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners, Zürich 1877; Czyhlarz gerichtliche Deposition in Grünhuts Zeitschrift Bd. 6 S. 657; Stammler, Schuldverhältnisse S. 233; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 442; Müller in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 411; Rosenberg daselbst Bd. 43 S. 221; Mühsam in Rechts- u. Staatswissenschaftl. Studien. (Ebering) 1900 Heft 7; Beer: Die Hinterlegung zum Zwecke der Befreiung von Schuldverbindlichkeiten 1900; Kopf, Das Hinterlegungsverhältnis; das Rechtsverhältnis zwischen der öffentlichen Hinterlegungsstelle und den an der Hinterlegung Beteiligten 1903.

Die Ordnung des Hinterlegungswesens im allgemeinen ist dagegen Sache des öffentlichen Rechts. Sie ist daher durch Einführungsgesetz Art. 144 und 145 den Landesrechten vorbehalten.

Die für die preußische Monarchie erlassene Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 wurde demzufolge, soweit sie öffentlich-rechtlicher Natur ist, im wesentlichen durch das B.G.B. nicht berührt; sie ist aber im preußischen Ausführungsgesetze zum B.G.B., Art. 84, mehrfach geändert.

II. Öffentliche Hinterlegung kann seitens des Gläubigers unter gewissen Voraussetzungen verlangt werden,[2] weil sein Recht zwar hierzu, aber nicht zur Beitreibung der Leistung ausreicht. Dahin gehört, daß Mitberechtigte vorhanden sind, die Leistung aber unteilbar ist, B.G.B. § 432 Abs. 1 Satz 2, H.G.B. § 646. Fernere Fälle finden sich beim Nießbrauch, §§ 1077 und 1082, bei Verpfändung einer Forderung, § 1281 Satz 2, bei der Vorerbschaft, § 2114, bei Miterben, § 2039, und bei der Auslobung, § 660 Abs. 2; vgl. ferner Art. 73 der W.O. nach Einleitung des Amortisationsverfahrens eines abhanden gekommenen Wechsels. Entsprechend bleibt dem Gläubiger, wenn seine Forderung mit Arrest belegt ist, das Recht offen, Hinterlegung der Schuldsumme zu verlangen,[3] [4] Z.P.O. § 930 Abs. 1 Satz 2.

III. In den §§ 372 ff. finden sich nur Vorschriften über die Hinterlegung, welche der Schuldner zum Zwecke der Erfüllung vornimmt. [Dieser Zweck unterscheidet sie von der Hinterlegung zum Zwecke der Sicherheitsleistung, also der Verpfändung, wie sie von zahlreichen Bestimmungen der Z.P.O. nachgelassen ist. Die Erfüllungshinterlegung] ist grundsätzlich nur dem Schuldner verstattet. Ein Dritter, der nach § 267 für den Schuldner leisten könnte, ist gleichwohl zur Hinterlegung nicht befugt. Nur ausnahmsweise, wenn dem Dritten auf Grund des eigenen Interesses ein Recht zur Befriedigung des Gläu-

---

2) Vgl. R.G. v. 11. Juni 1902 Jur.Woch. Beil. S. 253.

3) So auch O.Trib. Präj. n. 718. Das Gegenteil behauptet Stammler S. 234 für das jetzige Recht, vgl. dagegen Hellwig a. a. O. S. 443.

4) Ist eine Geldforderung durch mehrere Gläubiger gepfändet, so ist nach § 853 Z.P.O. der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, den Schuldbetrag zu hinterlegen und unter Aushändigung der Pfändungsbeschlüsse dem Vollstreckungsgericht Anzeige zu machen. Diese Hinterlegung wirkt als Zahlung. Hat der Drittschuldner mehr hinterlegt, als er schuldig war, so steht ihm ein obligatorischer Anspruch auf Grund der Bereicherung zu. R.G. v. 21. Mai 1901 in Entschdg. Bd. 49 S. 358, welches — a. M. Seuff. Komm. z. Z.P.O. Anm. 2 zu § 853 — Zahlung annimmt.

bigers zusteht, ist ihm die Hinterlegung gestattet, §§ 268, 1142, 1150, 1171, 1224, 1249.[5]

Die Hinterlegung zum Zwecke der Erfüllung setzt voraus:[6]

1. daß der Schuldner zur Erfüllung seiner Schuld befugt ist, sei es daß sie fällig ist, oder daß er die Leistung vor ihrer Fälligkeit bewirken darf, § 271 Abs. 2.

2. Der Erfüllung muß ein Hindernis in der Person des Gläubigers entgegenstehen, Verschulden des Gläubigers ist nicht erforderlich.[7] Solche Hindernisse bilden laut § 372:

a) Verzug des Gläubigers,

b) andere Gründe, welche in der Person des Gläubigers liegen und die Erfüllung untunlich machen, z. B. Verschollenheit, Geschäftsunfähigkeit und Mangel einer Vertretung des Gläubigers. Endlich genügt

c) Ungewißheit des Schuldners über die Person des Gläubigers, sei es, daß ihm die Tatsachen, auf welche sich die Legitimation des Gläubigers zu stützen hat, nicht vollständig bekannt sind, oder daß er begründete Zweifel über deren rechtliche Bedeutung hat.[8] Die Ungewißheit des Schuldners darf aber nicht auf dessen Fahrlässigkeit beruhen. Überängstlichkeit rechtfertigt selbstverständlich die Hinterlegung nicht.[9]

IV. Nach gemeinem Rechte galten Sachen jeder Art als hinterlegungsfähig. Die neueren Hinterlegungsordnungen haben aber den Kreis der hinterlegungsfähigen Gegenstände eng gezogen.

Nach B.G.B. § 372 sind hinterlegbar: Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden,[10] sowie Kostbarkeiten.

---

5) Vgl. Hellwig a. a. O. S. 442 Anm. 890; Planck Anm. 3 zu § 372.

6) Auch der Schuldner eines Wechsels ist, sofern ein Hinterlegungsgrund nach B.G.B. vorliegt, zur Hinterlegung der Wechselsumme befugt. Durch Art. 40 W.O., welcher für den Fall nicht rechtzeitiger Einforderung der Wechselsumme die Hinterlegung regelt, wird die Hinterlegung in Wechselsachen nicht ausschließlich bestimmt, R.G. v. 17. und 29. Nov. 1902 in Jur.Woch. 1903 Beilg. 4 S. 34, Entsch. Bd. 53 S. 204; O.L.G. Hamburg in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 55. Vgl. R.O.H.G. Bd. 6 S. 233, Bd. 15 S. 299.

7) Anders code civil art. 1252.

8) Motive Bd. 2 S. 96. [Auch vom R.G. 69 S. 149 angenommen.]

9) Vgl. für das neue Recht: Bayr. Obst.L.G. v. 24. November 1902 im Recht 1903 S. 42, auch Seuff.Arch. Bd. 58 Nr. 116; O.L.G. Hamburg Hans. Ger.Zeit. 1902 Beibl. S. 196; R.G. v. 23. September 1904 Jur.Woch. 1904 S. 550.

10) Die Handakten eines Rechtsanwalts sind hinterlegungsfähig, wenn sie hinterlegungsfähige Urkunden enthalten; Kammerg. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 54.

Reichsgesetzlich hinterlegbar sind hiernach keineswegs bloß Wertpapiere, die auf den Inhaber lauten oder an den Inhaber zahlbar sind, sondern auch Wertpapiere auf Namen, wie auch Urkunden jeder Art.

Als Kostbarkeiten haben zu gelten Sachen von geringem Umfang und verhältnismäßig großem Wert, z. B. Gold- und Silber-, sowie Schmucksachen, seltene Münzen oder Briefmarken, Kunstwerke, nicht aber Tiere, wenn auch noch so teuer, nicht Fahrräder.

Die Landesgesetze dürfen den Kreis der hinterlegbaren Sachen weiter ziehen als dies das B.G.B. tut, Einf.Ges. Art. 146.[11] [12]

V. Sachen, welche weder nach Reichsrecht noch nach Landesrecht hinterlegbar sind, kann der Schuldner auf Kosten des Gläubigers versteigern, börsen- und marktgängige Sachen freihändig zum laufenden Preise durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person verkaufen lassen und den Erlös hinterlegen.[13] [Der Verkauf geschieht für Rechnung des Gläubigers, vgl. § 457. Die Hinterlegung des Erlöses hat daher nur den Zweck, die Überführung des Erlöses in das Vermögen des Gläubigers anzubahnen und sicherzustellen. Kann diese Überführung unmittelbar erfolgen, so liegt kein Grund vor, den Schuldner zur Hinterlegung zu nötigen.[14]] Veräußerung und Hinterlegung des Erlöses sind jedoch abweichend von der einfachen Hinterlegung nur beschränkt zugelassen. Zwar rechtfertigt sie stets der Verzug des Gläubigers; aber Ungewißheit über die Person des Gläubigers oder ein sonstiger Hinderungsgrund im Sinne des § 372 bilden einen Hinterlegungsgrund nur, wenn Verderb der geschuldeten Sache zu besorgen ist oder unverhältnismäßige Kosten durch deren Aufbewahrung entstehen.

---

11) § 89 der preuß. Hinterlegungsordnung n. F. erklärt andere Sachen als Geld, Wertpapiere, sonstige Urkunden und Kostbarkeiten als zur Hinterlegung nicht geeignet.

12) Das B.G.B. kennt im Gegensatz zum A.L.R. § 234 I 16 die Hinterlegung nur bei beweglichen Sachen. Nach den Motiven Bd. 2 S. 95 kann sich der Schuldner von unbeweglichen Sachen dadurch helfen, daß er bei streitigen Rechtsverhältnissen die Bestellung eines Sequesters durch einstweilige Verfügung beantragt. Vgl. R.G. v. 9. Febr. 1901 in Jur.Woch. 1901 S. 182.

13) Versteigerung und Hinterlegung kann im Rechtsstreit über die Wandlung nach § 489 B.G.B. angeordnet werden. Die Grundlage dieser Bestimmung ist vollständig verschieden von § 383. Die Hinterlegung aus § 383 B.G.B. setzt die Anerkennung der Verpflichtung voraus; im Falle des § 489 ist zunächst unentschieden, in wessen Vermögen das Tier verbleiben wird; hier geschieht der Verkauf, der durch einstweilige Verfügung anzuordnen ist, im Interesse beider Parteien.

14) [So zutreffend R.G. 64, 366. So auch die dort Angeführten.]

Die Versteigerung hat am Leistungsorte zu geschehen; ist aber an diesem Ort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, an einem andern Orte. Im Streitfalle muß der Schuldner den Verkauf am andern Orte rechtfertigen. Es liegt nahe, daß der Schuldner, um sich dieser Beweislast zu entziehen, den Verkauf am Leistungsorte vorziehen wird. Indes liegt dem Schuldner eine Prüfungspflicht ob. Kann der Gläubiger beweisen, daß der Verkauf an einem andern Ort angemessen gewesen wäre, so braucht er den Verkauf an dem Leistungsorte nicht gegen sich gelten zu lassen.

Die Zeit des Verkaufs hat im allgemeinen der Schuldner zu bestimmen. Aber auch hierbei hat Treu und Glauben zu walten. Liegt im Hinausschieben des Verkaufs ein arglistiges, illoyales, gegen bona fides verstoßendes Verhalten, so ist der Verkauf dem Gläubiger gegenüber unwirksam.[15]

Der Schuldner hat den Verkauf mit angemessener Frist dem Gläubiger anzudrohen, es sei denn, daß die Androhung nicht tunlich ist oder daß Gefahr im Verzuge liegt, insbesondere die Sache dem Verderben ausgesetzt ist; er hat nach dem Verkaufe bei Vermeidung von Schadensersatz dem Gläubiger, soweit tunlich, Anzeige zu machen.

Die Versteigerung muß öffentlich erfolgen und darf nicht etwa auf einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt werden. Sie ist vorzunehmen durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder einen zur Versteigerung befugten andern Beamten oder durch einen öffentlich angestellten Versteigerer,[16] vgl. § 36 der Gewerbeordnung. Die Befugnis zu öffentlichen Versteigerungen ist den Kursmaklern weder durch § 34 des alten noch § 34 des neuen Börsengesetzes gewährt. Desgleichen haben in Preußen solche Befugnis nicht die in Art. 13 preuß. Ausf.Ges. z. B.G.B. erwähnten Handelsmäkler. Sofern die Landesgesetze nicht besondere Personen mit den öffentlichen Versteigerungen betrauen, bleiben hierzu allein die nach Reichsrecht berufenen Gerichtsvollzieher zuständig.

Auf die Versteigerung finden die Vorschriften der §§ 156, 456 bis 458 Anwendung.

§ 123. Die Hinterlegungsstellen und die Hinterlegung.

I. In Rom geschah die Hinterlegung vorzugsweise in Tempeln. Die Heiligkeit des Orts schien die Sicherheit zu verbürgen. Nach ge-

15) R.G. v. 11. Dez. 1895 in Entschdg. Bd. 36 S. 83.
16) Kammerg. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 89.

meinem wie nach älterem preußischen Recht erfolgte die Hinterlegung bei Gericht. In Frankreich dagegen waren administrative Kassen Hinterlegungsstellen. Im Anschluß hieran geschieht jetzt auch in Deutschland die öffentliche Hinterlegung vorzugsweise bei Verwaltungsstellen, so in Preußen, in Bayern und anderen Bundesstaaten.

II. Nach dem Einführungsgesetze zum B.G.B. haben die Landesgesetze über die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Hinterlegungsstellen zu bestimmen.

In Preußen gilt die Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879, welche durch Art. 84 Ausf.Ges. zum B.G.B. in verschiedenen Punkten geändert und der neuen Gesetzgebung angepaßt ist. Nach § 1 der Hinterlegungsordnung neuer Fassung sind für Geld, Wertpapiere, die auf den Inhaber lauten oder an den Inhaber zahlbar sind, und für Kostbarkeiten die Bezirksregierungen die Hinterlegungsstellen; die Regierungshauptkassen dienen als deren Kassen, die Kassenbezirke sind nach den Gerichtsbezirken abgegrenzt.[1] [2]

Für Wertpapiere und sonstige Urkunden, die hiernach bei den administrativen Hinterlegungsstellen nicht hinterlegt werden können, sind die Amtsgerichte Hinterlegungsstellen, § 87 H.O.

In dringenden Fällen ist auch vorläufige Verwahrung der in § 1 H.O. bezeichneten Sachen bei den Amtsgerichten zulässig, preußische Hinterlegungsordnung §§ 70 ff. Diese bezeichnet Fälle, in welchen Dringlichkeit anzunehmen ist. Soweit dies nicht der Fall ist, entscheidet über die Dringlichkeit das Ermessen des Amtsgerichts.[3] [4]

III. Die Hinterlegung kann laut Einführungsgesetz Art. 145 Abs. 2 nicht seitens der Landesgesetzgebung von einer vorgängigen gerichtlichen Anordnung abhängig gemacht werden, wie solche gemeinrechtlich vielfach üblich und seinerzeit in Preußen nach A.L.R. I, 16 §§ 214 ff. vorge-

---

1) In den Fällen der §§ 1082, 1392, 1667, 1814, 1818, 2116 des B.G.B. ist auch die Reichsbank Hinterlegungsstelle.

2) Auf Grund des § 2 der Hinterlegungsordnung ist durch Ministerialverfügung v. 31. Juli 1879, Pr.J.M.Bl. 1879 S. 217 für Berlin die Königliche Ministerial-, Militär- und Baukommission zu Berlin als Hinterlegungsstelle und als Kasse die vereinigte Konsistorial-, Militär- und Baukasse zu Berlin bestimmt.

3) R.G. Bd. 26 S. 241.

4) Nach dem preuß. Ausf.Ges. zum B.G.B. Art. 85 können für die Hinterlegung von Wertpapieren in den Fällen der §§ 1082, 1392, 1667, 1814, 1818, 2116 des B.G.B. auch andere Kassen als Hinterlegungsstellen bestimmt werden.

schrieben war. Für Preußen war die vorgängige gerichtliche Anordnung schon durch die preußische Hinterlegungsordnung § 19 Abs. 2 beseitigt.

Nach diesem Gesetz geschieht die Einzahlung seitens des Schuldners bei der Hinterlegungsstelle unmittelbar oder durch die Post. Der Einzahlende hat eine schriftliche Erklärung abzugeben, welche den Hinterleger, das Hinterlegte, die Veranlassung der Hinterlegung genau zu bezeichnen hat; insbesondere hat sie die Person zu benennen, für welche die Hinterlegung erfolgt, § 14 Abs. 3 H.O. Geschieht dies nicht, so ist anzugeben, infolge welcher Umstände der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann, § 18 Abs. 1 H.O.

Ob die Erklärungen des Hinterlegers tatsächlich begründet sind, bleibt bei Vornahme der Hinterlegung dahingestellt.

IV. Der Schuldner ist befugt, das Recht des Gläubigers auf Auszahlung von einer Gegenleistung abhängig zu machen, § 373.[5]

Dahin gehört z. B., wenn die Schuldsumme im Grundbuch eingetragen ist, eine sogenannte löschungsfähige Quittung, um die Überschreibung im Grundbuche bewirken zu können, ferner die dem Gläubiger obliegende Gegenleistung im Fall eines gegenseitigen Vertrags.

V. Die Hinterlegung, welche mittels Zusendung durch die Post erfolgt, wirkt auf den Zeitpunkt der Aufgabe zur Post zurück, wenn die Hinterlegung später erfolgt, § 375.

VI. Das Einführungsgesetz zum B.G.B. Art. 145 gestattet den Landesgesetzen, zu bestimmen, daß die hinterlegten Gelder und Wertpapiere gegen Verpflichtung der Rückerstattung in gleichem Betrag in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle sonst landesrechtlich bestimmten Anstalt übergehen. Es liegt dann ein sog. irreguläres Depositum vor, vgl. B.G.B. § 700.

Nach der preußischen Hinterlegungsordnung §§ 7 ff. geht nur hinterlegtes Geld in das Eigentum des Staates über. Die Staatskasse haftet dem Empfangsberechtigten für Kapital und für Zinsen, die sog. Depositalzinsen. Königliche Verordnung bestimmt deren Höhe. Nach der Verordnung vom 21. Mai 1879 werden $2^1/_2$ % vergütet. Erhöhung oder Erniedrigung des Zinssatzes kann durch königliche Verordnung vorgeschrieben werden.

---

5) Geschieht dies, so ist dies nach preußischem Landesrecht unter Bezeichnung der Gegenleistung in der Erklärung bei der Hinterlegung anzugeben, § 18 Abs. 2 H.O.

VII. Der Schuldner ist verpflichtet dem Gläubiger, dem gegenüber er hinterlegt hat, die Hinterlegung unverzüglich anzuzeigen,[6] andernfalls wird er ihm schadensersatzpflichtig, die Hinterlegung aber bleibt wirksam.[7] Die Pflicht zur Anzeige besteht nur, wenn diese tunlich war, § 374 Abs. 2. Die Untunlichkeit hat der Schuldner im Streitfalle zu beweisen.[8]

VIII. Die Verpflichtung der Hinterlegungsstelle, die hinterlegungsfähigen Sachen anzunehmen, ist öffentlichrechtlicher Natur.

§ 124. Die Rechtsfolgen der Hinterlegung.

I. Da die Hinterlegung ohne Prüfung der Frage stattfindet, ob deren gesetzliche Voraussetzungen vorhanden sind, so muß rechtsgültige und rechtsungültige Hinterlegung unterschieden werden. Zur Gültigkeit der Hinterlegung ist erforderlich,

a) daß sie der Schuldverpflichtung entspricht, insbesondere auch, daß sie vollständig geschieht,

b) daß einer der Gründe vorhanden ist, welche sie nach § 372 rechtfertigen.[1]

c) Grundsätzlich müßte die Hinterlegung, um wirksam zu sein, an der Hinterlegungsstelle des Leistungsortes geschehen. B.G.B. § 374 Abs. 1 bestimmt jedoch aus Billigkeitsrücksichten, daß auch Hinterlegung bei einer anderen Stelle wirksam ist, der Schuldner aber dem Gläubiger den aus der Hinterlegung an anderem Orte entstehenden Schaden zu ersetzen hat.

Nur die rechtsgültige Hinterlegung kann an sich befreiende Wirkung haben. Nimmt jedoch der Gläubiger das Hinterlegte freiwillig unan-

---

6) Durch § 18 Abs. 3 H.O. ist die Hinterlegungsstelle ermächtigt, die Anzeige dem Gläubiger im Namen und auf Kosten des Schuldners zu machen, falls der Schuldner nicht binnen drei Monaten nach der ihm von der Hinterlegungsstelle gemachten Aufforderung den Nachweis der Anzeige an den Gläubiger führt.

7) Die Anzeige ist auch für die Präklusivfrist des § 382 von Erheblichkeit.

8) [Untunlich ist die Anzeige schon dann, wenn sie mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten oder Kosten verbunden ist, wenn sie nur im Wege der öffentlichen Zustellung (vgl. B.G.B. § 132 Abs. 2) erfolgen könnte oder wenn die Person des Gläubigers ungewiß ist. Ist dagegen lediglich ungewiß, wer von mehreren bestimmten Personen der Gläubiger ist, so ist die Anzeige, sofern sie nicht aus sonstigen Gründen untunlich ist, an alle dem Schuldner bekannten Forderungsprätendenten zu erstatten. Eine Verpflichtung des Schuldners, der Anzeige den Hinterlegungsschein beizufügen, besteht nicht. R.G. v. 6. Mai 1903 Jur.Woch. 1903 Beil. S. 79.]

1) Vgl. oben § 121 III.

fechtbarerweise in Empfang, so tritt selbstverständlich hiermit Befreiung des Schuldners ein.

War die Hinterlegung nicht rechtsgültig, so kann der Schuldner das Hinterlegte von der Hinterlegungsstelle jederzeit abfordern, insbesondere auch, wenn er der Hinterlegungsstelle erklärt hat, daß er auf die Rücknahme verzichte, § 376 Z. 1. Erforderlich ist aber, daß die Rechtsungültigkeit der Hinterlegung von dem als Gläubiger Bezeichneten in gehöriger Form anerkannt[2] oder daß sie ihm gegenüber rechtskräftig festgestellt ist.[3]

II. Indem der Schuldner hinterlegt, schließt er mit der Hinterlegungsstelle einen Verwahrungsvertrag. Die Bedingungen dieses Vertrags unterliegen aber nicht dem freien Belieben der Vertragschließenden. Sie richten sich vielmehr nach den Bestimmungen des Reichsrechts und der Landesgesetze. Nur soweit sie dem Hinterlegenden einen Spielraum verstatten, kann er dem Vertrag eine besondere Gestalt geben.[4]

Der Anspruch des Hinterlegenden geht auf Rückerstattung, er entspricht der actio depositi; zugleich geschieht die Hinterlegung für den Gläubiger. Aus dem Gesetze folgt, unter welchen Voraussetzungen dem Hinterlegenden, unter welchen dem Gläubiger das Hinterlegte auszuliefern ist. Treffen die gesetzlichen Voraussetzungen in seiner Person zu, so hat der Gläubiger unmittelbar das Recht auf das Hinterlegte. Es liegt in der Hinterlegung durch den Schuldner ein Vertrag zugunsten eines Dritten.[5] [6]

---

2) Selbstverständlich hat der Hinterlegende die Kosten zu tragen, beziehungsweise vorzuschießen.

3) Die Klage ist die condictio indebiti B.G.B. § 813. Sie geht gegen den als Gläubiger Bezeichneten, welcher die Annahme erklärt hat, auf Einwilligung in die Rückgabe.

4) Ebenso Planck S. 230 Anm. 4; Staudinger S. 295 Anm. 4. Anderer Ansicht Endemann Bd. 1 § 143 Anm. 48 und 49, der den Standpunkt vertritt, daß durch die Hinterlegung lediglich ein öffentlichrechtliches Verhältnis begründet wird.

5) Hellwig a. a. O. S. 444; Staudinger S. 295 Anm. 4; Planck S. 231 Anm. 5 b.

6) Über die Voraussetzungen, unter welchen die Aushändigung des Hinterlegten an den Gläubiger zu erfolgen hat, gibt das B.G.B. keine Vorschriften. Aber die Bestimmungen der preußischen Hinterlegungsordnung § 30 entsprechen der Natur der Sache und werden allenthalben maßgebend sein. Danach hat sie zu geschehen: a) wenn durch rechtskräftige Entscheidung die Berechtigung zum Empfange festgestellt oder die Aushändigung von der zuständigen Behörde angeordnet ist, b) wenn der Antrag auf eine von der zuständigen Behörde ergangene Anweisung sich gründet, und c) wenn die Aushändigung von sämtlichen Interessenten bewilligt ist.

In der Hinterlegung ist keineswegs ein bloßer Antrag an den Gläubiger zu sehen, wie dies manche annehmen.[7] Erwirbt doch der Gläubiger infolge der Hinterlegung Rechte, auch ohne Wissen und Willen.

III. Die Hinterlegung kann eine seitens des Schuldners widerrufliche oder eine unwiderrufliche sein.[8]

Gemäß B.G.B. § 376 Abs. 1 ist sie in der Regel widerruflich. Sie bildet dann nur einen Versuch des Schuldners, sich auf diesem Wege von seiner Schuld zu befreien.

Der Widerruf ist gegenüber der Hinterlegungsstelle vorzunehmen. Er erfolgt keineswegs nur durch Rücknahme. Er geschieht schon durch Rückforderung des Hinterlegten.[9]

Der Widerruf ist ausgeschlossen, § 376 Abs. 2,

1. wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf die Rücknahme verzichtet.[10] [11] Dies kann bei der Hinterlegung erklärt werden, wie auch später. Annahme des Verzichts durch den Gläubiger ist nicht erforderlich.

2. Die Rücknahme ist ferner ausgeschlossen, wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt. Erklärung gegenüber dem Schuldner genügt nicht.

3. Endlich wird die Hinterlegung unwiderruflich, falls der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, welches die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt. Das Urteil kann namentlich gegenüber einer Klage des Gläubigers auf Leistung des Schuldgegenstandes über die Einrede des Schuldners, daß er rechtsgültig hinterlegt habe, ergangen sein,

---

7) So auch R.G. Bd. 49 S. 358 abgesehen vom Fall der Hinterlegung nach Z.P.O. § 853, welche das R.G. der Zahlung gleichstellt.

8) Der Hinterlegungsstelle gegenüber hat einen Anspruch auf die hinterlegten Papiere nur der Hinterleger, nicht etwa der Dritte, der Eigentum an diesen Papieren behauptet. Die Eigentumsverhältnisse kommen bei der Hinterlegung nicht in Betracht. Der Eigentümer der Papiere hat in der Tat sein Eigentumsrecht gegenüber dem Hinterlegenden geltend zu machen und dessen Zustimmung zur Rücknahme der Papiere aus der Hinterlegungsstelle zu beanspruchen. Aber arrestatorische Verfügungen gegenüber der Hinterlegungsstelle muß er zu seinem Schutz ausbringen können.

9) Hellwig a. a. O. S. 447.

10) Solcher Verzicht muß in bestimmten Fällen erfolgen, damit die Hinterlegung wirksam ist, Z.P.O. § 75, Zw.V.Ges. § 49 Abs. 3.

11) Die Hinterlegung im Sinne der §§ 372 ff. ist ein Recht des Schuldners. Hierin liegt der Grund der Widerrufsbefugnis. Von solchem Widerruf kann demgemäß dort nicht die Rede sein, wo der Schuldner zur Hinterlegung verpflichtet ist.

nicht minder auf Grund einer Feststellungsklage des Schuldners. Die Vorlegung des Urteils kann vom Gläubiger oder dem Schuldner geschehen.

Die Unwiderruflichkeit fällt wieder weg,

a) wenn der Gläubiger auf sie verzichtet; denn es besteht kein Grund dafür, dem Verzicht in diesem Falle die Wirkung zu versagen.

Annahme der geschuldeten Leistung seitens des Gläubigers in Kenntnis der Hinterlegung kann als solcher Verzicht aufzufassen sein.

b) Der Rücknahmeverzicht verliert ferner seine Kraft laut § 382 mit Ablauf von 30 Jahren seit Empfang der Anzeige der Hinterlegung durch den Gläubiger, vgl. auch § 1171 Abs. 3.

IV. Das Rücknahmerecht steht nur dem Schuldner und seinen Erben zu; zum Vorteil *Dritter*, insbesondere der Gläubiger des Schuldners soll es nach § 377 nicht dienen.[12] [Es ist ein Persönlichkeitsrecht des Schuldners, über die Art der Erfüllung zu bestimmen.[13]] Hiernach ist es

1. der *Pfändung nicht* unterworfen, § 377 Abs. 1.[14]
2. Es fällt *nicht in die Konkursmasse des Schuldners*. Konk.O. § 1 Abs. 4.

An und für sich wäre die Folge, daß der Gemeinschuldner während des Konkurses die Rücknahme des Hinterlegten vornehmen und darüber nach seinem Belieben verfügen könnte. Um dem zu begegnen, bestimmt § 377 Abs. 2 besonders, daß auch der Schuldner während des Konkurses das Recht der Rücknahme nicht ausüben darf.

Offenbar haben alle diese Bestimmungen keinen Bezug auf Fälle *rechtsungültiger* Hinterlegung; ebensowenig sind sie dann anwendbar, wenn das Recht des Gläubigers auf das Hinterlegte *er-*

---

12) Man nahm bei der Beratung an, nachdem der Schuldner dem Hinterlegten die Bestimmung gegeben habe, zur Befriedigung eines bestimmten Gläubigers zu dienen, dürften andere Gläubiger in diese Bestimmung nicht eingreifen. Daß hierin kein zureichender Grund lag, darüber vgl. Hellwig a. a. O. S. 456. Jedenfalls ist es befremdend, daß der Gläubiger, der sich in Annahmeverzug befindet, vor anderen Gläubigern den Vorzug erhalten soll. Vgl. hierüber Hellwig S. 483.

13) Kohler, Lehrbuch II S. 193.

14) Planck folgert hieraus, daß der Schuldner sein Recht auf Rücknahme auch nicht zedieren könne, vgl. § 400 B.G.B. Siehe hingegen Hellwig a. a. O. S. 461, sowie Staudinger Anm. 1 zu § 377. — Ist der Widerruf vom Schuldner erfolgt, so ist das Recht auf Herausgabe der hinterlegten Sache unzweifelhaft abtretbar. Das Recht auf Vornahme des Widerrufs ist nicht abtretbar.

loſchen iſt. Daher kann der Konkursverwalter in ſolchen Fällen das Hinterlegte von der Hinterlegungsſtelle zur Konkursmaſſe herausfordern.[15]

V. Die Wirkung der widerruflichen und der unwiderruflichen Hinterlegung gegenüber dem Gläubiger iſt weſentlich verſchieden.

1. Iſt die Hinterlegung widerruflich, ſo geht die Schuld noch nicht unter. Nur eine Einrede erwirbt der Schuldner gegenüber dem Gläubiger, welcher die Leiſtung des Schuldgegenſtandes trotzdem noch beanſprucht, § 379 Abſ. 1.[16] [17] Dieſe Einrede kommt auch Bürgen und Drittbeſitzern verpfändeter Sachen zu, § 768, § 1211, vgl. auch § 1137, und bezüglich der Geſamtſchuldner § 422.

Während der Dauer der Hinterlegung trägt der Gläubiger die Gefahr. Der Schuldner iſt auch nicht verpflichtet, Zinſen zu zahlen oder Erſatz für nicht bezogene Nutzungen zu leiſten.

Nimmt aber der Schuldner das Hinterlegte zurück, ſo gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt, § 379 Abſ. 3. Die Schuld lebt alſo rückwirkend wieder auf.[18] Auch die Zinſen der Zwiſchenzeit werden geſchuldet, wie wenn der Schuldner nicht hinterlegt hätte. Hat Annahmeverzug die Zinſenpflicht beſeitigt, § 301, ſo bleibt dies natürlich durch die Rücknahme des Hinterlegten unberührt.

2. Iſt dagegen die Rücknahme des Hinterlegten ausgeſchloſſen, ſo wird der Schuldner von ſeiner Schuld befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung dem Gläubiger geleiſtet hätte, § 378. Dies gilt auch für den Fall, daß das Rücknahmerecht erſt nach der Hinterlegung erloſchen iſt.

Bürgen und Pfänder ſind von der Hinterlegung an befreit.

VI. Der Gläubiger iſt berechtigt, von dem Schuldner im Falle der zu ſeinen Gunſten erfolgten Hinterlegung eine Erklärung zum Nachweis ſeiner Empfangsberechtigung zu fordern, welche nach den für die Hinterlegungsſtelle geltenden Beſtimmungen zur Aushändigung des Hinterlegten genügt, § 380, preuß. H.O. § 30 Ziff. 3.

---

15) Über die Pfändung durch einen Drittgläubiger vgl. Hellwig a. a. O S. 461.

16) Die Verweiſung gemäß § 379 Abſ. 1 iſt keine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der verwieſene Gläubiger einen Anſpruch auf die hinterlegte Sache erwirbt, vielmehr lediglich Einrede des Schuldners, daß er nicht zu zahlen brauche, weil und ſolange er berechtigterweiſe hinterlegt habe. R.G. v. 23. September 1904 Bd. 59 S. 17.

17) Die Koſten der Leiſtungsklage hat der beklagte Schuldner zu tragen, wenn er entgegen dem § 374 Abſ. 2 den Kläger von der Hinterlegung nicht benachrichtigt hat, und Kläger nach der Verweiſung auf den hinterlegten Gegenſtand die Klage in der Hauptſache für erledigt erklärt.

18) Vgl. Planck zu § 379 Ziff. 2; Oertmann § 379 Ziff. 3. Einzelne vertreten die Anſicht, daß die Wirkung der Hinterlegung ex nunc eintritt.

Dies Recht setzt voraus, daß der Gläubiger die Leistung fordern dürfte, wenn die Hinterlegung nicht geschehen wäre, dagegen ist es von einer vorgängigen Annahme der Hinterlegung durch den Gläubiger nicht abhängig gemacht. Dies namentlich, um im Prozeß über die Wirksamkeit der Hinterlegung dem sie bestreitenden Gläubiger das Recht zu geben, eine Verurteilung des Schuldners zur Erklärung über seine Empfangsberechtigung für den Fall herbeizuführen, daß die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt wird.

VII. Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger zur Last, § 381, da durch ein in seiner Person liegendes Hindernis die Hinterlegung erforderlich wurde.

Im Falle der Zurücknahme der Hinterlegung hat aber der Schuldner die Kosten zu tragen. Gilt sie doch für diesen Fall als dem Gläubiger gegenüber nicht erfolgt, § 379 Abs. 3.

VIII. Meldet sich der Gläubiger nicht bei der Hinterlegungsstelle, und sind *seit dem Empfange der Anzeige der Hinterlegung an den Gläubiger* 30 Jahre verflossen, so erlischt das Recht des Gläubigers auf das Hinterlegte, § 382.

Aber auch der alte Anspruch des Gläubigers ist hiermit erloschen. Allerdings spricht dies das Gesetz nicht ausdrücklich aus; es ist aber selbstverständliche Folge. Würde doch sonst die Untätigkeit des Gläubigers während 30 Jahren, an welche das Gesetz einen Rechtsnachteil knüpfen wollte, ihm den Vorteil gewähren, seinen Anspruch, ohne die Hinterlegung fürchten zu müssen, wieder durchsetzen zu können.[19]

Wie aber, wenn die Anzeige an den Gläubiger untunlich war? Dann wird man die dreißigjährige Frist von der Hinterlegung an rechnen müssen, entsprechend § 1128.[20] Gerade in Fällen solcher Art wird sie meist besonders zweckmäßig sein.

Der Schuldner erlangt das Rücknahmerecht nach Ablauf der Frist, auch wenn er es schon vorher verloren hatte, denn die Ausschließung der Rücknahme geschah nur zugunsten des Gläubigers.

---

19) Übereinstimmend: Staudinger Anm. 4 zu § 382 und die zahlreichen dort Angef.; anderer Ansicht Planck Anm. 2 zu § 382, dagegen zutreffend Oertmann Anm. 3 zu § 382.

20) So Oertmann § 382 Ziff. 2; anders Planck § 382 Ziff. 3. Letzterer nimmt an, daß die Frist des § 382 im Falle des Unterbleibens der Hinterlegungsanzeige nicht zu laufen beginne. Dies widerspricht dem Gesetz, das im § 374 an das Unterlassen der Anzeigepflicht, wenn sie nicht untunlich ist, lediglich die Folge knüpft, daß der Schuldner dem Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet ist, vgl. im übrigen Staudinger Anm. 3 zu § 382.

Nach dem Einführungsgesetz Art. 145 kann die Landesgesetzgebung anordnen, daß der Anspruch auf Rückerstattung mit dem Ablauf einer gewissen Zeit zugunsten des Fiskus oder der Hinterlegungsanstalt erlischt, jedoch muß dem Hinterleger die Rücknahme des Hinterlegten mindestens während eines Jahres von der Zeit an gestattet werden, mit welcher das Recht des Gläubigers erlischt.[21]

Nach der preuß. Hinterlegungsordnung § 53 ist regelrecht die Verzinsung hinterlegten Geldes mit dem Ablauf von 10 Jahren, von Beginn der Verzinsung an gerechnet, einzustellen. Dies wird durch die Reichsgesetzgebung nicht berührt.

Viertes Kapitel.

Aufrechnung.

§ 125. Das Wesen der Aufrechnung.[1]

I. Gegenseitige, gleichartige Forderungen werden durch Erklärung der Aufrechnung seitens eines der Beteiligten getilgt, B.G.B. § 387.[2]

---

21) Nach § 58 a der preuß. H.O. kann die Hinterlegungsstelle das Aufgebot des Hinterlegten betreiben, wenn 31 Jahre seit Ablauf des Monats, in welchem der Gläubiger die Anzeige von der erfolgten Hinterlegung erhalten hat, verflossen sind. Mit der Verkündung des Ausschlußurteils erlangt die Staatskasse Anspruch auf das Hinterlegte.

1) Dernburg, Die Kompensation nach römischem Recht 2. Aufl. 1868; ferner die bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 62 Angeführten; Franz Leonhard, Die Aufrechnung 1896; Stammler, Schuldverhältnisse S. 240; Liebknecht, Kompensationsvollzug 1897, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung 1898; Kuhlenbeck, Von den Pandekten Bd. 2 § 26; Siber, Kompensation 1899; Weismann in Buschs Ztschr. Bd. 26 S. 1: Die Aufrechnung nach B.G.B.; Stölzel in Jur. Monatsschrift f. P. 1899 S. 117; Simon das. 1899 S. 81; Meyer in Seufferts Bl. f. Rechtsanwdg. Jahrg. 63 S. 269, ferner Stölzel in Arch. f. ziv. Praxis Bd. 95 Heft 1; Scherer in Das Recht 1900 S. 294; Friedrichs das. 1902 S. 459 über Vorbehalts- und Eventualaufrechnung; — Rospatt in Das Recht 1900 S. 512; Scherer in Jur.Woch. 1901 S. 3 über Aufrechnung während der Übergangszeit; — v. Schrutka-Rechtenstamm, Wien, 1900; Oertmann in Das Recht 1901 S. 447; Leonhard in Kohlers Arch. für bürg. R. Bd. 21 S. 171 über Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung; — Cuno in Gewerbeger. 1900 Jahrg. 5 Sp. 82—85 Kündigung und Aufrechnung. Verhältnis des B.G.B. zur Gewerbeordnung; — Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 435 Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung; — Binder in Beitrg. z. Ausleg. d. B.G.B. von Bernhöft und Binder 1902: Rückwirkung der Aufrechnung; — Meyer in Das Recht 1902 S. 228 Rechtskraft der Entscheidung über die Aufrechnung; —Dronke in D.Jur.Ztg. 1902 S. 220; Raddatz in Sächs.Arch. Bd. 10 S. 217, ferner Götte in Kohlers Arch. Bd. 17 S. 164; Wach in Ztschr. f. d. Zivilpr. Bd. 27 Heft 1; Förtsch in Sächs. Arch. Bd. 7 S. 401; ferner Otto das. Bd. 8 S. 729; ferner Berolzheimer in

Aufrechnung ist nicht Zahlung. Sie ist ihr auch keineswegs völlig gleichwertig. Denn dem Gläubiger gibt das Erlangen barer Mittel wirtschaftlich eine größere Macht, da es Verwendung zu beliebigen Zwecken ermöglicht.

Zwei Gesichtspunkte sind es, welche gleichwohl dahin führten, Tilgung der Schuld durch Aufrechnung statt durch Zahlung anzuerkennen: einmal ein ethischer: man soll vom anderen nichts fordern, was man ihm nicht leistet: dolo facit, qui petit, quod redditurus est[3]; dann ein ökonomischer: die Aufrechnung steuert dem Hin- und Herschicken von Tilgungsmitteln, welches Vergeudung von Zeit und Kraft wäre.

II. Der Rechtssatz, daß der Gläubiger sich gefallen lassen muß, durch Aufrechnung befriedigt zu werden, war dem altrömischen wie dem alten deutschen Rechte fremd.

Allmählich erst hat er sich in Rom Bahn gebrochen, und zwar im Prozesse. Zuerst in Sonderfällen, nämlich gegenüber der Klage des Wechslers gegen seinen Geschäftsfreund und im Konkurse gegenüber der Klage dessen, welcher die Konkursmasse vertrat. Dann führte bei den bonae fidei judicia Rücksicht auf Billigkeit und Zweckmäßigkeit dahin, daß der Richter zufolge Antrags des Beklagten gleichartige Gegenforderungen des Beklagten aus demselben Rechtsgrund auf die Klageforderung aufrechnete. Schließlich hatte der Richter auch bei stricti juris judicia

---

Jur.Woch. 1899 S. 649; Auerbach das. 1899 S. 649; ferner Förtsch in D.Jur.-Ztg. 1899 S. 489; Brettner das. 1898 S. 343; Hellmann in Krit. Vierteljahrsschr. 1899 S. 246; Petzold bei Gruchot Bd. 44 S. 845; Fitting in Festgabe der Univers. Halle f. Dernburg über Aufrechnung und Prozeßvollmacht; — Feder in Goldschmidts Ztschr. Bd. 54 Heft 3—4 Die rechtl. Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits; — Abraham 1903 Aufrechnung und Eingriffsr. in der Zwangsvollstr.; — Alsberg in Kohlers Arch. Bd. 22 S. 93; Kiehl bei Gruchot Bd. 45 S. 753 über Exmissionsklausel und Aufrechnung des Mieters; — Witte 1899 Aufrechnung im Rechte der offenen Handelsges.; — Friedrichs in D.Jur.Ztg. 1901 S. 529 Aufrechnung, Konkurs, Giroverkehr; — Langheineken in Das Recht 1902 S. 385, Rückwirkung der Aufrechnung und Mathematik im Recht; Martinius in Kohlers Archiv Bd. 24 S. 277: Die Eventualaufrechnung; derselbe im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 97 S. 87; Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld 1904; Oertmann im Recht 1905 S. 33 Aufrechnung und Anweisung; Stölzel im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 96 S. 234 Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Eventualaufrechnung; derselbe in D.Jur.Ztg. 1905 S. 513 Die neueste Reichsgerichtsentscheidung über Eventualaufrechnung; derselbe im Recht 1905 S. 611; derselbe im Sächs.Arch. 1906 S. 458; Busse das. S. 121, Lang Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht 1906; Kohler, Zeitschr. f. Zivilpr. Bd. 24 S. 1 ff., Lehrb. II S. 208 ff. — über Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung, siehe oben § 57 Anm. 1.

2) E. I § 281; Mot. Bd. 2 S. 104; Kom.Prot. Bd. 1 S. 361.

3) L. 8 pr. D. de doli mali exceptione 44, 3.

infolge Vorschützens einer exceptio doli aufzurechnen. Die Kompensation wurde damit allgemeines Recht in Rom.[4]

III. Die Kompensation entwickelte sich im Prozesse.

Auch im heutigen Leben kommt sie vorzugsweise im Prozesse zur Sprache und findet ihre Anerkennung im richterlichen Urteile, welches der Aufrechnung Raum gibt.

Allein die Verbindung der Aufrechnung mit dem Prozeß ist keine notwendige. Nicht selten tritt das Bedürfnis hervor, mittels einseitiger Erklärung außerhalb eines Prozesses durch Aufrechnung eine Tilgung von Gegenforderungen herbeizuführen. So wenn man die für eine Schuld gestellten Sicherheiten zurückerlangen will unter der Erklärung, daß die versicherte Forderung sich mit einer Gegenforderung des Schuldners aufrechne und damit getilgt sei. Außergerichtliche Erklärung der Aufrechnung kann ferner Bedürfnis sein, wenn die Forderung, mit der man aufrechnen will, an eine Frist gebunden ist. Daher entschied sich Praxis und Theorie im gemeinen und im preußischen Rechte neuerdings dahin, Aufrechnung durch außergerichtliche Erklärung anzuerkennen.[5]

Das B.G.B. folgt der neueren Richtung grundsätzlich.[6]

Laut § 388[7] vollzieht sich die Tilgung der Gegenforderungen durch Aufrechnung *mittels Erklärung gegenüber dem andern Teil*. So richtig dies ist, so wird gleichwohl auch in Zukunft die *im Prozeß abgegebene Erklärung der Aufrechnung* bei weitem die *häufigste und praktisch das regelmäßige sein*.

Denn der Schuldner wird in der Regel von dem Grundsatz ausgehen: quieta non movere. So lange sich der Gläubiger nicht rührt, sitzt er still. Erst wenn dieser klagt, tritt er mit Gegenforderungen, die ja nicht immer zweifellos sind, hervor.

Die Erklärung im Prozesse hat keine andere Natur als die außerprozessualische. Sie ist wie diese ein einseitiges, sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, und untersteht wie diese den Vorschriften des B.G.B.

---

4) Über älteres deutsches Recht siehe Dernburg Komp. S. 265.

5) R.G. Bd. 11 S. 119; Ohnsorge in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 285; Franz Leonhard, Die Aufrechnung 1897.

6) Über Aufrechnung gegenüber Forderungen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 s. Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 1 S. 139. R.G. vom 16. Sept. 1901 in Jur.Woch. 1901 S. 734. R.G. v. 17. Dez. 1901 in Jur. Woch. 1902 S. 68; Entschdg. d. R.G. Bd. 50 S. 38; O.L.G. Stuttgart Recht 1904 S. 554.

7) E. I § 282; Mot. Bd. 2 S. 106; Kom.Prot. Bd. 1 S. 365.

§§ 387 ff. über Aufrechnung. Nur verbindet sich mit der Aufrechnung im Prozeß der Antrag, sie richterlich anzuerkennen.

Ein hervorragender Rechtslehrer[8] hat dies geleugnet. Wer im Prozeß aufrechne, vollziehe eine Rechtshandlung, die auf den Prozeß gebaut sei und durch den Prozeß getragen werde; er rechne nur auf als Prozeßpartei und für den Prozeßbetrieb. Mit dem Prozeßverhältnisse falle auch diese Aufrechnung. Geschehe sie in der Klage, so erlösche sie, wenn die Klage rechtsgültig zurückgenommen werde; werde sie als Einrede vorgebracht, so könne sie wie jede Einrede zurückgezogen werden, ebenso werde sie wirkungslos, wenn sie erst in der Berufungsinstanz vorgebracht war, falls eine rechtsgültige Zurücknahme der Berufung stattfinde. Diese Aufrechnung richte sich nach den Regeln des Prozeßrechts, nicht des bürgerlichen Rechts.

Doch das B.G.B. trifft seine Vorschriften für die Aufrechnung, ohne die im Prozeß erklärte von der außerprozessualischen zu unterscheiden. Es wäre auch befremdend, wenn es seine Bestimmungen für die prozessualische Aufrechnung, welche, wie bemerkt, die bei weitem häufigste ist, nicht getroffen hätte.

Wir erachten daher eine im Prozeß abgegebene Erklärung wie jede andere als unwiderruflich gültig und als nicht vom Prozeßverhältnis abhängig.[9] Allerdings ist die im Prozeß erklärte Aufrechnung sehr häufig nur eine eventuelle, für den Fall des Bestehens des Klageanspruchs bestimmte.

Dies hat man für unvereinbar mit § 388 Satz 2 erachtet, wonach die Erklärung der Aufrechnung unbedingt abzugeben ist. Doch mit Verwerfung bedingter Aufrechnung ist nicht ausgeschlossen, daß sie eventuell für den Fall erklärt werden kann, daß eine Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, besteht;[10] denn dies ist nichts als die begriffliche und gesetzliche Voraussetzung der Aufrechnung. Zu einer Bedingung aber gehört, daß die rechtliche Wirkung durch den Parteiwillen von künftigen Umständen abhängig gemacht wird.[11] [12]

---

8) Kohler, Zeitschr. f. Zivilprozeß Bd. 24 S. 17 und Lehrb. II S. 216 III.

9) [Jedoch hat die im Prozeß erklärte Aufrechnung folgende besondere Wirkungen: 1. sie unterbricht die Verjährung der aufgerechneten Gegenforderung B.G.B. § 209 Z. 3; 2. sie führt die Rechtskraft der Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, herbei. § 322 Abs. 2 Z.P.O.]

10) R.G. v. 20. Februar 1904 Bd. 57 S. 101.

11) Auf die Frage der zweckmäßigen und entsprechenden prozessualischen Behandlung des Einwandes eventueller Aufrechnung soll hier nicht einge-

§ 126. Die Erklärung der Aufrechnung.

I. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile, § 388. Sie ist einseitiges sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.[1] Sie kann formlos sein, Bedingungen läßt sie nicht zu.

II. Häufig geschieht die Erklärung in den von den Parteien im Prozesse gewechselten *vorbereitenden Schriftsätzen*. Man hat behauptet, daß hierin nicht eine Aufrechnungserklärung, sondern die bloße Ankündigung, diese Erklärung demnächst in der mündlichen Verhandlung abgeben zu wollen, liege.[2] Dies wird aber in der Regel der

---

gangen werden; vgl. die Literatur zu § 124 Anm. 1. Es ist hier nur hervorzuheben, daß nach der Praxis des Reichsgerichts, wenn die Klageforderung bestritten ist, hingegen die Gegenforderung feststeht, die Klage nicht mit folgender Begründung abgewiesen werden darf: „Entweder besteht die Klageforderung, dann greift die Aufrechnung Platz, oder die Klageforderung besteht nicht, dann rechtfertigt sich von selbst die Abweisung", daß vielmehr der Richter die bestrittene Forderung zunächst prüfen soll und nicht unentschieden lassen darf, ob die Klageforderung besteht. Entschdg. d. R.G. Bd. 42 S. 364 und S. 320; Gruchot Bd. 43 S. 209, Bd. 41 S. 947; Jur.Woch. 1902 S. 544 n. 7; 1900 S. 749 n. 10; Seuff.Arch. Bd. 53 S. 104; R.G. v. 26. Okt. 1905 Jur.Woch. 1905 S. 737; O.L.G. Hamburg Hans. Ger.Zeit. 1905 Beibl. S. 228; O.L.G. Jena in Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen N. F. Bd. 27 S. 233. Hiergegen aber entschieden: Stölzel, Schulung Teil 2 und Zeitschr. f. D. Zivilpr. Bd. 24 S. 50; vgl. noch Eccius bei Gruchot Bd. 42 S. 15 u. 233; Förtsch bei Gruchot Bd. 42 S. 225; Mansfeld in D. Jur.Ztg. 1898 S. 255; Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung; Hellwig, Lehrbuch des Z.P. I § 35; Planck Anm. 5 zu § 390.

12) Streitig ist, ob der Gläubiger, welcher nur einen Teil seiner Forderung einklagt, einen von dem Schuldner erhobenen Kompensationseinwand durch die Replik beseitigen kann, daß er die Gegenforderung des Schuldners auf den nicht eingeklagten Teil seiner Forderung verrechnen wolle; dies hat R.G. Bd. 7 S. 243 zurückgewiesen, so aufgefaßt, allerdings mit Recht. Ebenso O.L.G. Marienwerder Seuff.Arch. Bd. 59 S. 346. Dennoch ist die Klageforderung, wie Oberlandesgericht Posen, Jur.Monatsschrift f. P. 1899 S. 27 ausführt, auf Grund folgender Erwägungen zuzusprechen. Kläger ist berechtigt, den Klageantrag auf die volle Schuldsumme zu erweitern. Verweist er die Gegenforderung auf den nicht eingeklagten Teil, ohne den Antrag zu ändern, so ist dies wie ein Antrag aufzufassen, den Beklagten für den Fall der nachgewiesenen Tilgung des zunächst geltend gemachten Forderungsteils wegen des Rechts der Forderung in den Grenzen des Klageantrags zu verurteilen. Jene sogenannte Replik bildet also eine eventuelle Erweiterung des Antrags, welcher unbedenklich zulässig ist. [Diese Auffassung kann nicht aufrechterhalten werden. S. unten § 129 II 3.]

1) Die Aufrechnung als solche unterliegt der Anfechtung im Konkurse nicht. Gegenstand der Anfechtung kann nur das Rechtsgeschäft sein, durch welches die sonst aufrechenbare Schuld begründet und die Aufrechnungsmöglichkeit eröffnet ist. O.L.G. Karlsruhe Bad. Rechtsprax. 1902 S. 174; R.G. Bd. 26 S. 81.

2) So Planck Anm. 1 zu § 143. Vgl. Kammerg. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 2 S. 217; O.L.G. Dresden das. Bd. 5 S. 60, wonach die vorbereitenden Schriftsätze keine definitive, für die Partei bindende Bedeutung haben sollen; mit dem Text übereinstimmend: R.G. v. 13. August 1902 Jur.Woch. 1902 S. 532, v. 18. November 1902 Bd. 53 S. 148.

Absicht der Beteiligten nicht entsprechen und ist daher nicht anzunehmen. Die beiden Zwecke, welche die Aufrechnungserklärungen der Beteiligten im Prozesse verfolgen, der prozessualische und der materiellrechtliche, sind auch hier zu unterscheiden und unterliegen einer verschiedenen Beurteilung.[3]

III. Die Erklärung der Aufrechnung kann selbstverständlich durch Bevollmächtigte eines der Gegengläubiger abgegeben werden.

Zweifelhaft ist aber, ob die Prozeßvollmacht gemäß Z.P.O. §81 den Prozeßbevollmächtigten auch zur Aufrechnung ermächtigt. Man hat hiergegen eingewendet, daß sich die Ermächtigung nur auf Prozeßhandlungen beziehe, eine solche sei aber die Aufrechnung nach B.G.B. nicht mehr,[4] vielmehr bilde sie ein einseitiges Rechtsgeschäft. In Wirklichkeit ist sie beides. Da die Prozeßvollmacht zur Erhebung einer Widerklage, zum Vergleich und zur Verzichtleistung auf den Streitgegenstand berechtigt, ist anzunehmen, daß der Vollmachtgeber auch zur Aufrechnung ermächtigen wollte.

§ 127. Voraussetzungen der Aufrechnung.

I. Die Erklärung der Aufrechnung ist nur wirksam, wenn deren Voraussetzungen zur Zeit ihrer Abgabe vorhanden sind.[1]

Nach einer Gegenansicht tilgt die Erklärung, eine Forderung zur Aufrechnung zu verwenden, diese selbst für den Fall, daß die Gegen-

---

3) Ist die Aufrechnung im Prozeß erklärt, so bleibt sie wirksam, wenn die Klage zurückgenommen ist, oder aus formellem Grunde, z. B. wegen Unzuständigkeit des Gerichts, abgewiesen ist. Wird hingegen die Klage aus materiellem Grunde abgewiesen, so bleibt die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Forderung unberührt. In Ansehung der Verjährung greift §215 Platz.

4) So Planck §388 Ziff. 2; Oertmann §388 Ziff. 1. Dagegen mit Recht Hellmann in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 41 S. 246. Vgl. die weitere Literaturangabe oben §124 Anm. 1. — In der Praxis wird fast allgemein angenommen, daß der Prozeßvertreter auf Grund seiner Prozeßvollmacht ermächtigt ist, die Aufrechnung zu erklären. O.L.G. Hamburg in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 1 S. 77; Kammerg. das. Bd. 1 S. 139 und Bd. 2 S. 217; Kammerg. in Seuff.Arch. Bd. 56 S. 305 n. 173; O.L.G. Kiel das. Bd. 56 S. 394 n. 220; R.G. das. Bd. 57 S. 310 n. 170, auch Entschdg. d. R.G. Bd. 50 S. 426, sowie v. 18. November 1902 Bd. 53 S. 148; anderer Ansicht O.L.G. Braunschweig in Braunschw. Ztschr. 1901 S. 102; vgl. auch Fitting, Liegt in der Prozeßvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe und Empfang einer Aufrechnungserklärung? Halle 1900.

1) Der Kompensationsvertrag ist an die gesetzlichen Voraussetzungen der Aufrechnung nicht gebunden, er kann auch die Wirkungen anders, als im Gesetze bestimmt ist, regeln. Daß der Kompensationsvertrag nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen darf, z. B. §55 Konkursordnung, §1125 B.G.B., ist einleuchtend.

forderung nicht besteht oder der Aufrechnung nicht unterliegt. Sie bilde eine Verfügung über die Forderung des Aufrechnenden, welche nur wie die Zahlung einer Nichtschuld wegen ungerechtfertigter Bereicherung anfechtbar [2] sei. Mit dem Gesetze läßt sich dies unseres Erachtens nicht vereinigen.

II. Die Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit sind, § 387:

1. Gegenseitigkeit der Forderungen.[3]

Also auch wenn ein Dritter eine Schuld anstatt des Schuldners durch Zahlung tilgen darf, § 267 Abs. 1, kann er dies keineswegs mittels Aufrechnung mit einer eigenen Forderung. Nur in einigen besonderen Fällen ist ihm selbst dies verstattet. So namentlich wenn es sich für den Dritten darum handelt, eine Gefährdung seines Rechts oder seines

---

2) So Kohler, Zeitschrift für Z.P. Bd. 24 S. 20. Hellwig, Lehrbuch § 34 [47]. Vgl. Stölzel, Schulung S. 138. Dagegen Planck § 387 Ziff. 2; Liebknecht, Vorbehaltszahlung S. 120; Oertmann § 387 Ziff. 3; Staudinger Anm. 4 zu § 387.

3) Die Aufrechnung seitens eines Gesamtschuldners wirkt auch für die übrigen Schuldner, § 422 B.G.B.; — bezüglich des Aufrechnungsrechts mehrerer Wechselschuldner vgl. R.G. Bd. 52 S. 303. — Nach § 719 Abs. 2 kann der Schuldner einer Gesellschaft nicht aufrechnen mit einer Forderung gegen einen Gesellschafter, weil den Gesellschaftern das Gesellschaftsvermögen zu gesamter Hand zusteht. Desgleichen kann ein Gesellschafter mit Forderungen der Gesellschaft seine eigene Privatschuld durch Kompensation nicht tilgen, R.G. Bd. 11 S. 114, und zwar auch dann nicht, wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen, O.L.G. Dresden Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 25. Wird ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft wegen einer Gesellschaftsforderung in Anspruch genommen, so kann er die Befriedigung verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung der Gesellschaft befriedigen kann, § 129 Abs. 3 H.G.B. Der Privatschuldner eines Gesellschafters kann eine Forderung gegen die Gesellschaft zur Aufrechnung stellen, da dieser für die Gesellschaftsschuld persönlich haftet, vgl. R.G. Bd. 31 S. 81, Bd. 41 S. 25. — Der Schuldner einer Nachlaßforderung kann mit einer Gegenforderung gegen einen der Miterben, solange der Nachlaß ungeteilt ist, nicht aufrechnen, § 2040 Abs. 2. Dies folgt daraus, daß der Nachlaß ein gemeinschaftliches Vermögen der Erben zu gesamter Hand bildet. Fällt der Nachlaß an nur einen Erben, so steht dem Nachlaßschuldner zwar die Aufrechnung frei, doch entfällt ihre Wirkung mit Einleitung der Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses, § 1977 Abs. 1. — Nach § 890 H.G.B. ist bei Versicherungen für fremde Rechnung dem Versicherer, der auf Zahlung der Entschädigungssumme in Anspruch genommen wird, die Aufrechnung mit Forderungen gegen den Versicherungsnehmer untersagt. Der Dritte, zu dessen Gunsten die Versicherung genommen ist, ist Gläubiger in Ansehung der Versicherungsgelder geworden. Dem Versicherer ist die Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegen den Versicherungsnehmer, d. i. denjenigen, der zugunsten des Dritten den Vertrag abgeschlossen hat, nicht gestattet, da das Erfordernis der Gegenseitigkeit ermangelt. § 890 H.G.B. zeigt sich als Ausfluß des in § 334 B.G.B. enthaltenen Grundsatzes. So auch § 78 Ges. über den Versicherungsvertrag. — Über das Aufrechnungsrecht des Schuldners im Falle der Zession oder der Überweisung der Forderung vgl. unten § 127 IV.

Besitzes durch Zwangsvollstreckung dadurch abzuwenden, daß er den betreibenden Gläubiger befriedigt, § 268 Abs. 2. Gleiches gilt für Gefährdung eines Rechts an einem Pfande durch dessen Veräußerung, § 1249, und für den Eigentümer einer hypothekarisch belasteten Sache, welcher nicht der persönliche Schuldner ist, § 1142. Entsprechendes gilt bei dem Pfand an einer beweglichen Sache, § 1224.

Der Bürge war nach römischem Recht[4] und nach A.L.R. I, 16 § 328 befugt, mit Gegenforderungen des Hauptschuldners auf seine Schuld aus der Bürgschaft aufzurechnen. Nach B.G.B. hat er dies Recht nicht mehr.[5] Es steht ihm nur eine Einrede gegen den Gläubiger so lange zu, als dieser sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann, § 770 Abs. 2.[6]

Nach § 417 Abs. 1 Satz 2 kann der Schuldübernehmer mit einer Forderung des früheren Schuldners nicht aufrechnen, da der Zweck der Schuldübernahme gerade darin besteht, daß der Übernehmer die übernommene Schuld aus eigenem Vermögen tilgt.

2. Die Gegenforderungen müssen gleichartig sein.[7] Meist handelt es sich um Geldforderungen, aber auch Forderungen anderer Art, namentlich auf vertretbare Sachen, sind aufrechenbar.

Es macht keinen Unterschied, ob die Forderungen ursprünglich

---

4) L. 5 D. de comp. 16, 2.

5) Vgl. R.G. v. 17. Oktober 1904 Bd. 59 S. 207. Wohl aber kann der Bürge mit einer eigenen Forderung gegen die Bürgschaftsschuld aufrechnen. R.G. v. 7. Febr. 1903 in Entschdg. Bd. 53 S. 403.

6) Der Nebenintervenient kann eigene Forderungen dem Prozeßgegner nicht entgegenstellen. Vgl. R.G. Bd. 17 S. 34, Bd. 18 S. 417; Gruchot Bd. 39 S. 949; Jur.Woch. 1888 S. 195 n. 1.

7) Vgl. R.G. Bd. 6 S. 72. — Gegen eine Kaufgeldforderung kann nicht ein Anspruch auf Gewährung eines zugesagten Darlehns aufgerechnet werden. Die Verpflichtung des Käufers ist eine Geldschuld, während die Darlehnszusage die Verpflichtung zum Abschluß des Darlehnsvertrags begründet. R.G. Bd. 52 S. 303, 306. — Die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises und die Gegenforderung des Käufers auf Befreiung des gekauften Grundstücks von nicht übernommenen Lasten sind nicht gleichartig, R.G. Bd. 29 S. 206; Pr.O.Trib. Bd. 56 S. 139; Striethorst Arch. Bd. 34 S. 60. Doch kann sich die Forderung des Käufers in eine Ersatzforderung verwandeln und gleichartig werden. — Gegen eine Geldforderung kann der Schuldner nicht mit einer Grundschuld oder mit einer Hypothek, für welche der Gegner nur dinglich haftet, aufrechnen. Hingegen ist dem Grundstückseigentümer, der aus einer Grundschuld oder aus einer Hypothek, für welche er nur dinglich haftet, in Anspruch genommen wird, die Kompensation mit einer Geldforderung gestattet, § 1142. Vgl. O.L.G. Königsberg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 305.

gleichartig waren oder ob sie dies erst später, z. B. weil sie sich als Schadensersatzansprüche in Geldforderungen verwandelten, wurden.[8]

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Gegenforderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen, so § 391 Abs. 1 entsprechend dem gemeinen Recht.[9] Der Aufrechnende hat den Schaden zu ersetzen, den der Gegenteil dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Ort erhält, vor allem also die Übersendungskosten nach diesem Orte wie auch die dadurch erwachsenden Nachteile, daß er am Erfüllungsort geplante Anschaffungen nicht bewirken oder gegen Dritte übernommene Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann.

Ging jedoch die Vereinbarung dahin, daß die Leistung am bestimmten Orte zu einer bestimmten Zeit erfolgen sollte, so gilt im Zweifel die Aufrechnung einer Forderung mit anderem Leistungsort als ausgeschlossen, § 391 Abs. 2.

3. Nur mit einer gültigen klagbaren Forderung kann man aufrechnen, z. B. nicht mit einer Forderung aus einem Spiele.[10] Dagegen ist Aufrechnung auf eine klaglose Forderung, also auch aus einem Spiele gültig.

Aufrechnen kann man auch nur mit Forderungen, denen keine Einrede entgegensteht, § 390 Satz 1. Es bezieht sich dies auf vernichtende wie aufschiebende Einreden.

Die Verjährung schließt jedoch die Aufrechnung durch den Gläubiger der verjährten Forderung nicht aus, wenn nur die verjährte Forderung zu der Zeit noch nicht verjährt war, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, § 390 Satz 2.[11] [12]

Gegen eine mit einer Einrede behaftete Forderung aufzurechnen, steht dem Schuldner frei. Ob dann Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung zulässig ist, bestimmt sich nach deren Grundsätzen, §§ 813, 814.

---

8) Die Möglichkeit, daß sich die Gegenforderung in einen gleichartigen Anspruch verwandeln kann, genügt nicht. Jur.Woch. 1897 S. 178 n. 47.

9) L. 15 D. de comp. 16, 2.

10) Vgl. R.G. Bd. 1 S. 130.

11) Gegen eine verjährte Forderung kann der Schuldner aufrechnen; an die Aufrechnung ist der Schuldner selbst dann gebunden, wenn er irrtümlicherweise die Verjährung nicht kannte, § 222 Abs. 2.

12) Eine Ausnahme gilt jedoch bezüglich des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Mängel, § 479; vgl. § 490 Abs. 2. Eine besondere Vorschrift enthält § 414 H.G.B. für die Ansprüche gegen den Spediteur wegen Verlustes, Minderung, Beschädigung oder verspäteter Ablieferung des Gutes.

4. Nur mit fälligen Forderungen kann der Schuldner aufrechnen. Da für die resolutiv bedingte Forderung Befriedigung verlangt werden kann, ist sie auch zur Aufrechnung geeignet. Tritt die Bedingung später ein, so haftet der, der mit der bedingten Forderung aufgerechnet hat, aus der ungerechtfertigten Bereicherung, § 812 Abs. 1 Satz 2. Keineswegs fällt die erklärte Aufrechnung zusammen. Die Vorschrift des § 158 Abs. 2 könnte die gegenteilige Ansicht nicht stützen, da die Aufrechnung selbst unbedingt erklärt ist.

III. Wer Befreiung von seiner Schuld durch Aufrechnung behauptet, hat die Erklärung der Aufrechnung nachzuweisen. Da aber die Erklärung der Aufrechnung in der Regel nachgeholt werden kann, ist die frühere Abgabe der Erklärung nur erheblich und zu beweisen, wenn sich ein besonderes rechtliches Interesse daran knüpft, daß sie zu einer bestimmten Zeit erfolgte.

IV. Die Aufrechnung wird nicht dadurch gehindert, daß die Forderung, welche man aufrechnet, bereits rechtshängig ist.[13]

Die rechtshängige Forderung wird natürlich in diesem Falle getilgt, jedoch nur wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung vorhanden sind.

§ 128. Wirkung der Aufrechnung.

I. Nach code civil Art. 1289 und 1290 vollzieht sich die Kompensation durch die Kraft des Gesetzes von selbst ohne Wissen der Schuldner, erlöschen also die beiderseitigen Schulden im Augenblick, in welchem sie sich gegenübertreten, soweit sich ihre Summen decken.[1]

In Deutschland ist diese Auffassung längst aufgegeben. Insbesondere faßte auch die preußische Praxis das A.L.R. in dem Sinne auf, daß das Gegenübertreten der Forderungen vernichtende Wirkung nur unter der Bedingung habe, daß es von der einen oder der anderen Partei geltend gemacht wurde.[2]

Noch eine dritte Auffassung ist denkbar. Darnach erwächst die Tilgung der Gegenforderungen erst mit der Erklärung der Aufrechnung und datiert erst von deren Abgabe an. Sollte sie diejenige des B.G.B. sein? Spricht sie sich im § 388 aus? Man wird dies nicht anzunehmen haben. Die Rückwirkung, welche § 389 vorschreibt, ist darauf

---

13) Früher war dies bestritten, Geib im Archiv f. ziv. Pr. Bd. 85 S. 161.

1) Dies war die Ansicht des Glossators Martinus, welche die herrschende im Mittelalter und auch noch in späterer Zeit war.

2) A.L.R. I 16 § 301 scheint der Auffassung des Martinus zu huldigen. Vgl. aber O.Trib. Bd. 4 S. 207; R.O.H.G. Bd. 7 S. 86.

zurückzuführen, daß dem Gesetze die zweite der hervorgehobenen Auffassungen zugrunde liegt.

II. Es ist hiernach zu unterscheiden die Erklärung der Partei, welche die Aufrechnung vollzieht und das Gegenübertreten aufrechenbarer Forderungen, welches die Aufrechnung begründet.

Von der Zeit der Aufrechenbarkeit — der sog. Kompensabilität an — haben die Gegenforderungen nur noch bedingte Kraft.[3]

Die Rechtslage hat von dieser Zeit an Ähnlichkeit mit der, in welcher der Forderung eine zerstörliche Einrede entgegentritt. Denn die Forderung kann auch dann nur in dem Falle Wirkung haben und zur Geltung kommen, wenn das Gegenrecht nicht entgegengestellt wird. Gleichwohl unterscheidet das B.G.B. beide Verhältnisse nachdrücklich und häufig, z. B. §§ 404 und 406, sowie §§ 768 und 770 Abs. 2.

Die Aufrechenbarkeit gilt dem B.G.B. als schwebender Tilgungsgrund der Forderung und gibt eine Einrede als schwebender Entkräftungsgrund. Hierin liegen allerdings sehr feine juristische Nuancen, welche aber im B.G.B. zu verschiedenen rechtlichen Gestaltungen führen.

III. Aus dem Grundsatz des § 389, wonach die aufgerechneten Forderungen in dem Zeitpunkt als erloschen gelten, in welchem sie sich aufrechenbar gegenübertreten, ist zu schließen:[4]

1. daß, soweit Aufrechnung erfolgt, von der Aufrechenbarkeit an keine Zinsen mehr laufen,

2. daß keiner der Gegenschuldner von dieser Zeit an in Verzug gerät.[5] Dies folgt auch daraus, daß die Nichtleistung seitens des

---

3) Wer irrtümlicherweise die Aufrechnung nicht erklärt, sondern gezahlt hat, kann das Gegebene nicht kondizieren. [Denn er hat eine bestehende Schuld bezahlt, da die Aufrechnungserklärung, nicht das Bestehen der Aufrechnungsmöglichkeit, das Erlöschen der Schuld herbeiführt, vgl. Planck Anm. 3 zu § 389.]

4) Die erklärte Aufrechnung kann durch Vertrag rückgängig gemacht werden, jedoch dürfen Rechte Dritter dadurch nicht berührt werden. Ist also durch die Aufrechnung eine Bürgschaft oder ein Pfandrecht erloschen, so leben durch vereinbarte Rücknahme der Aufrechnung die Verpflichtungen des Bürgen oder Pfandgebers nicht wieder auf.

5) Kläger hat die Prozeßkosten zu tragen, wenn infolge der im Prozeß erklärten Aufrechnung des Beklagten die Klage abgewiesen wird, sofern sich Klageforderung und Gegenforderung schon vor Zustellung der Klage kompensabel gegenüberstanden. R.G. v. 24. Jan. 1902 in Seuff.Arch. Bd. 58 S. 37 n. 19; Jur.Woch. 1902 Beilg. 2 S. 198; Bd. 50 S. 389, denn — O.L.G. Breslau Recht 1902 S. 587 — der Kläger hat das gleiche Recht wie der Beklagte,

Schuldners, welcher aufrechnen kann, nicht von ihm zu vertreten ist, da bei Nichtleistung in solchem Falle von einem Verschulden nicht die Rede sein kann, § 285.

3. Nach der Aufrechenbarkeit verfällt eine Vertragsstrafe nicht mehr. Dies schon um deswillen nicht, weil laut § 339 Satz 1 das Verwirken der Strafe durch Verzug des Schuldners bedingt ist.

4. Aus der Rückbeziehung der Aufrechnung ließe sich folgern, daß das für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit vorbehaltene Rücktrittsrecht des Gläubigers wegfiele, wenn dem Schuldner eine aufrechenbare Gegenforderung zur Seite stand, sofern er nur später die Aufrechnung erklärt. Das B.G.B. § 357 hat dies jedoch nicht unbedingt angenommen, erklärt den Rücktritt vielmehr nur dann für unwirksam, wenn der Schuldner unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt. Hierin ist eine durch praktische Erwägungen begründete Beschränkung des Grundsatzes der Rückbeziehung zu sehen.

Entsprechend ist nach §§ 554, 581 die Kündigung wegen des rückständigen Miets- oder Pachtzinses unwirksam, wenn der Mieter oder Pächter unverzüglich nach Empfang der Kündigung die Aufrechnung erklärt.

IV. Mit der Aufrechenbarkeit der Gegenforderungen sind zwar diese nicht getilgt, aber es ist eine Rechtslage geschaffen, wonach der Schuldner diese Tilgung jederzeit durch seine Erklärung rückwirkend vornehmen kann; diese Rechtslage soll ihm nicht ohne sein Zutun verkümmert werden. Hieraus ergibt sich:

1. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit noch nicht verjährt war, in welcher sie der Gegenforderung aufrechenbar gegenüberstand, § 390 Satz 2.

2. Der Schuldner kann nach § 406 eine ihm gegen den Zedenten zustehende Forderung auch dem Zessionar gegenüber aufrechnen.

3. Durch die Beschlagnahme einer Forderung soll dem Schuldner das Recht der Aufrechnung mit einer ihm gegen seinen Gläubiger zustehenden Forderung nicht verkümmert werden, § 392.[6]

das Erlöschen von Forderung und Gegenforderung vor dem Beginne des Prozesses durch Aufrechnungserklärung herbeizuführen.

6) Ist eine Forderung gepfändet und dem Vollstreckungsgläubiger, sei es zur Einziehung, sei es zum Nennwert an Zahlungsstatt überwiesen, so steht dem Drittschuldner das Recht zu, mit einer Gegenforderung gegen den Vollstreckungsgläubiger, der aus eigenem Recht die überwiesene Forderung geltend macht, zu kompensieren. Daneben ist der Drittschuldner be-

Dagegen ist Aufrechnung ausgeschlossen

a) wenn die der beschlagnahmten Forderung gegenüberstehende Forderung erst nach der Beschlagnahme erworben ist;

b) wenn die gegenüberstehende Forderung erst nach der Beschlagnahme und zwar später als die beschlagnahmte Forderung fällig wird.[7]

§ 129. Ausschließung der Aufrechnung.

I. Da Aufrechnung nicht Erfüllung ist, sondern nur aus Billigkeitsrücksichten wie eine solche wirkt, so erklärt sich, daß sie in zahlreichen Fällen ausgeschlossen ist.

Es ist aber zu unterscheiden Ausschließung der Aufrechnung als solche und Ausschließung ihrer Berücksichtigung in einem anhängigen Prozesse.

II. Die Ausnahmen von der Zulässigkeit der Aufrechnung stammen im wesentlichen aus dem gemeinen Recht.

1. Die Aufrechnung kann durch Vereinbarung der Beteiligten ausgeschlossen werden.[1] Dies entspricht der gemeinrechtlichen Lehre sowie dem A.L.R. I, 16 § 372.

Das B.G.B. spricht gleiches zwar nicht ausdrücklich aus, deutet es aber durch den Schlußsatz des § 391 Abs. 2 an.

Ein derartiger Verzicht kann aus den Umständen erhellen und wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn dem Schuldner bei Abschluß des Geschäfts erkennbar war, daß dem Gläubiger gerade daran lag, Geld in die Hand zu bekommen.[2] Auch in dem Versprechen der baren Zahlung kann je nach Lage des Falles der Ausschluß der Aufrechnung enthalten sein.[3]

In der Regel wird der Verzicht auf Aufrechnung im Falle des

---

rechtigt, im Rahmen des § 392 mit Gegenforderungen gegen seinen ursprünglichen Gläubiger, den Vollstreckungsschuldner, aufzurechnen; soweit die Forderung an Zahlungsstatt überwiesen ist, tritt die Wirkung der Zession ein; alsdann ist der analoge § 406 B.G.B. maßgebend.

7) Z. B. eine Kaufpreisforderung ist am 1. Januar 1900 fällig, eine gegenüberstehende Darlehnsforderung am 1. Februar 1900, die Kaufpreisforderung wird am 1. März 1900 mit Beschlag belegt. Der Schuldner ist zur Aufrechnung befugt; wäre die Beschlagnahme am 15. Januar erfolgt, so wäre dies nicht der Fall.

1) Soweit die Aufrechnung unzulässig ist, kann auch die Gegenforderung im Wege der Widerklage — § 33 Z.P.O. — nicht geltend gemacht werden. R.G. in Jur.Woch. 1897 S. 228 n. 3.

2) O.L.G. Dresden in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 93.

3) Vgl. O.L.G. Breslau Recht 1904 S. 334.

Konkurses des Gläubigers unwirksam sein, da sie für diesen Fall nicht gemeint sein wird.[4]

2. Ausgeschlossen ist Aufrechnung statt Zahlung der versprochenen Einlagen bei den Kapitalassoziationen: der Aktiengesellschaft, H.G.B. § 221, der Kommanditgesellschaft auf Aktien, H.G.B. § 320 Abs. 3, auch bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 19 des Gesetzes,[5] und eingetragenen Genossenschaften, § 22 des Gesetzes. Dies soweit die Aufrechnung zur Verkürzung des Grundkapitals führen würde.[6]

Aus gleichem Grunde ist durch § 26 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 dem Mitgliede der auf Gegenseitigkeit beruhenden Versicherungsgesellschaft nicht gestattet, gegen eine Forderung aus der Beitragspflicht eine Aufrechnung geltend zu machen.[7]

3. Schon Justinian verordnete, daß man der Forderung auf Herausgabe dessen, was man sich durch ungerechtfertigte Eigenmacht verschafft hatte, Kompensation nicht entgegenstellen könne. Dies ist namentlich für den Fall wichtig, daß man sich widerrechtlich des Besitzes von Sachen *zu dem Zwecke* bemächtigt hatte, um sich hierdurch eine Kompensation zu verschaffen.[8]

B.G.B. § 393 bestimmt weitergehend, daß die Aufrechnung gegenüber einer Forderung aus *einer vorsätzlich begangenen* unerlaubten Handlung unzulässig ist.

---

4) Striethorst Arch. Bd. 35 S. 300.

5) Eine Aufrechnung im Wege der *Vereinbarung* ist trotz § 19 des Ges. betr. die Gesellsch. m. b. H. zulässig. R.G. v. 29. April 1903 in D.Jur.Ztg. 1903 S. 345; O.L.G. Celle in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 191, sowie R.G. in Holdh.Monatsschr. 1905 S. 142. Gleiches gilt im Falle des § 221 H.G.B. bezüglich der Einzahlungspflicht der Aktionäre. R.G. vom 25. Sept. 1901 in Monatsschr. f. Handelsr. und Bankw. 1901 S. 288, abgedr. auch in Seuff.Arch. Bd. 57 S. 70 n. 42.

6) Vgl. R.G. Bd. 18 S. 2.

7) Entsprechendes wurde vor dem Gesetz v. 12. Mai 1901 angenommen. Die Aufrechnung kann auch nach der Natur des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses ausgeschlossen sein. Den Mitgliedern einer Gesellschaft auf Gegenseitigkeit ist nicht gestattet, ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft aus *dem Versicherungsverhältnisse*, namentlich auch Versicherungsentschädigungen gegenüber den Forderungen der in Liquidation getretenen Gesellschaft auf Zahlung der Liquidationsbeiträge durch Kompensation zu tilgen. Aus der Natur der Liquidationsbeiträge, der Auflösung der Gesellschaft zu dienen, ist zu folgern, daß die Festsetzung der Beiträge in dem Sinn erfolgt sein muß, daß die Kompensation mit Forderungen aus dem Versicherungsverhältnis ausgeschlossen ist. Andernfalls würde die Bildung eines der Liquidation dienenden Fonds trotz des Beschlusses der Generalversammlung vereitelt werden. Mit Gegenforderungen *außerhalb des vertraglichen Verhältnisses* kann jedoch kompensiert werden. Kammerg. in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1900 S. 32.

8) R.G. Bd. 3 S. 116.

laubten Handlung unzulässig sei.[9] [10] Damit sind Ansprüche aus §§ 823 ff. begünstigt; Ansprüche aus vorsätzlichen Verletzungen bestehender Schuldverhältnisse haben diese Begünstigung nicht.

Die Bestimmungen des älteren Rechts, wonach eine Kompensation gegenüber einer Forderung aus einem Verwahrungsvertrag unzulässig war, sind in das B.G.B. nicht übergegangen. Hat aber der Verwahrer die verwahrte Sache unterschlagen oder vorsätzlich beschädigt, so kann dem Hinterleger, welcher auf Grund der unerlaubten Handlung klagt, Aufrechnung nicht entgegengestellt werden.

4. Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt, § 394 Satz 1.[11] Hiervon macht Satz 2 die Ausnahme, daß gegen die aus Kranken-[12], Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Knappschaftsvereinen zu beziehenden Hebungen geschuldete Beiträge aufgerechnet werden können.

Das Gesetz unterscheidet bezüglich der Ausschließung der Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen nicht zwischen Gegenforderungen aus demselben Rechtsgrund und solchen aus anderem Grunde. Dies wurde mehrfach beanstandet. Es schien insbesondere bedenklich, daß der Arbeitsherr, welchen der Arbeiter böswillig schädigt, sich nicht mehr durch Aufrechnung auf dessen Lohnforderung schadlos halten könne und nur auf eine Klage gegen ihn verwiesen sei, welche in vielen Fällen, da oft der Arbeiter pfändbare Gegenstände nicht besitzt, ergebnislos bleiben muß. Indessen

---

9) Entsprechendes gilt bei der Zurückbehaltung, § 273 Abs. 2 B.G.B.

10) Hat ein Beamter in amtlicher Eigenschaft Gelder empfangen und sich diese angeeignet, so kann er sich auf eine Kompensation mit Gehaltsansprüchen nicht berufen. Er würde nach § 350 R.Str.G.B. strafbar sein. R.G. v. 30. Nov. 1899 in Seufferts Bl. f. Rechtsanwdg. 1900 S. 267.

11) Es gehören hierher die Forderungen der Z.P.O. §§ 850—852, vgl. Gew.O. vom 1. Juli 1883 § 100 c; Ges. vom 1. Juni 1884, betr. die Abänderung des Ges. über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 7. April 1876, Art. 8; Ges. vom 16. Juni 1883 betr. die Krankenversicherung der Arbeiter, § 56; Ges. vom 10. April 1892, betr. die Abänderung des vorstehenden Gesetzes, § 56; Gesetz betr. die Abänderung der Unfallversicherungsgesetze vom 30. Juni 1900, nämlich Gewerbeunfallversicherungsges. § 68; Reichsges. Bl. 1900 S. 383; Unfallvers. für Land- und Forstwirtschaft § 73; das. S. 440; Bauunfallversicherungsges. § 37; das. S. 473; Seeunfallversicherungsges. § 76; das. S. 515; Ges. betr. d. Unfallfürsorge für Gefangene v. 30. Juni 1900 § 17; Invalidenversicherungsges. v. 13. Juli 1899 in R.Ges.Bl. 1899 S. 463, § 55.

12) Gegen den Anspruch auf Krankenkassengeld ist die Kasse zur Aufrechnung mit einer festgesetzten Ordnungsstrafe gemäß § 56 Krankenvers.Ges., welcher durch Art. 32 E.G. z. B.G.B. aufrecht erhalten ist, befugt. L.G. Naumburg in Naumbg.Anwaltsztg. 1903 S. 90. — Vgl. § 68 Gewerbeunfallversicherungsges. in R.G.Bl. 1900 S. 383.

steht, wie oben — § 59 — gezeigt wurde, nach B.G.B. § 273 dem Arbeitgeber das Recht der Zurückbehaltung des Lohnes wegen der aus demselben rechtlichen Verhältnis entspringenden Verpflichtungen zu, so daß die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts schließlich in eine Art der Aufrechnung ausläuft.[13] [14]

5. Es bleiben ferner nach Art. 81 des Einführungsgesetzes landesgesetzliche Vorschriften unberührt, welche die Ansprüche von öffentlichen Angestellten auf Besoldung, Wartegeld, Ruhegehalt, Witwen- und Waisengeld der Aufrechnung unterwerfen.[15]

6. Schon nach römischem Recht und A.L.R. I, 16 § 368 war Aufrechnung gegenüber einer Forderung des Staates nur mit Forderungen zulässig, welche dieselbe Kasse zu berichtigen hat.

Dies hat § 395 nicht bloß für Forderungen des Reichs oder eines Bundesstaats vorgeschrieben, sondern auch auf Forderungen einer Gemeinde oder anderer Kommunalverbände anwendbar erklärt.[16]

III. Justinian[17] forderte für die Berücksichtigung der Kompensation Liquidität der Gegenforderung, damit nicht die Erledigung des eingeklagten Anspruchs durch Vorschützen einer ihrem Bestehen und ihrer Höhe nach ungewissen Gegenforderung ungebührlich verzögert werde.

1. Schon im gemeinen Recht wurde aber von der herrschenden Meinung die prozessualische Frage der Nichtberücksichtigung der Kompensationseinrede wegen Illiquidität und die materielle Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung unterschieden.

2. Das jetzige Recht tut dies gleichfalls und zwar in schärfster Weise. Illiquidität der Gegenforderung kann nur die einstweilige Nichtberücksichtigung im anhängigen Prozesse herbeiführen, nicht aber das Recht der Aufrechnung an sich verkümmern. In diesem Sinne treten der Prozeßverschleppung durch Berufung auf Aufrechnung folgende prozessualische Bestimmungen entgegen.

---

13) Vgl. L.G. Marienwerder Recht 1904 S. 314; O.L.G. Stettin Jur. Monatsschr. f. Posen 1905 S. 43.

14) Nach dem preußischen Ausführungsgesetz zum B.G.B. Art. 14 § 1 Abs. 3 kann der Dienstberechtigte seine Entschädigungsansprüche gegen das Gesinde aus dem Dienstverhältnis auf dessen Lohnforderung aufrechnen.

15) In Preußen ist von dem Vorbehalt des Art. 81 E.G. z. B.G.B. nicht Gebrauch gemacht. Der Staat kann demgemäß mit Entschädigungsansprüchen gegen den entlassenen Beamten nicht kompensieren, wohl aber die Gehaltsansprüche nach § 273 B.G.B. zurückbehalten. O.L.G. Kiel in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 225.

16) Hingegen steht dem Reiche, Bundesstaat und Kommunalverbande die Befugnis zur Aufrechnung zu.

17) L. ult. C. de comp. 4, 32.

a) Steht der eingeklagten Forderung eine Gegenforderung entgegen, welche keinen rechtlichen Zusammenhang mit dieser hat, so kann das Gericht getrennte Verhandlung über die Forderungen anordnen, Z.P.O. § 145 Abs. 3. Das Gericht kann ferner, wenn die Verhandlung über die nicht konnexe Forderung zur Entscheidung reif ist, unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erkennen, Z.P.O. § 302 Abs. 1.

b) Das Urteil, welches unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung ergeht, gilt in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil.

In betreff der Aufrechnung bleibt aber der Rechtsstreit anhängig. Ergibt sich infolgedessen, daß der Anspruch des Klägers der Aufrechnung unterlag, so ist das frühere Urteil aufzuheben, der Beklagte hat Anspruch auf Ersatz des Schadens, der ihm durch die Vollstreckung des Urteils oder eine zur Abwendung der Vollstreckung gemachte Leistung entstand; er kann den Schadensanspruch in dem anhängigen Rechtsstreite geltend machen. Dieser Anspruch gilt als zur Zeit der Leistung rechtshängig geworden.[18]

§ 130. Vorhandensein mehrerer Forderungen.[1]

I. Nach den neueren Gesetzgebungen, insbesondere nach A.L.R. I, 16 § 375 und code civil art. 1297 sollen bei einer Aufrechnung gegenüber einer Mehrzahl von Forderungen dieselben Grundsätze wie bei der Zahlung eintreten.

Dies führte nach A.L.R. I 16 § 151 dahin, daß der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die Aufrechnung auf eine bestimmte Forderung erklären durfte, daß dies als ein Antrag behandelt wurde, welcher als angenommen galt, wenn der Gläubiger Widerspruch innerhalb der gesetzlichen Annahmefristen nicht äußerte. Kam es nicht zu solchem Übereinkommen unter den Parteien, so waren die gesetzlichen Regeln über Anrechnung einer Zahlung zur Anwendung zu bringen.[2]

II. Das B.G.B. § 396 [3] stimmt hiermit im wesentlichen überein.

---

18) Die Rechtsprechung war auf Grund der §§ 136 und 274 der alten Z.P.O. vom 30. Januar 1877 im allgemeinen zu den nämlichen Grundsätzen gelangt. Vgl. R.G. Bd. 31 S. 1; Gruchot Bd. 37 S. 394; Beilage z. Reichsanzeiger 1892 S. 13.

1) James Goldschmidt, Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung 1898; Seeler in Arch. f. bürgerl. R. Bd. 15 S. 104; Sontag in Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 21 S. 10, ferner Francke in Das Recht 1902 S. 318 über die Aufrechnung auf eine Forderung, zu welcher Zinsen und Kosten gehören.

2) R.O.H.G. Bd. 9 S. 110.

3) E. I § 284; Mot. Bd. 2 S. 110; Kom.Prot. Bd. 1 S. 368, Bd. 6 S. 165.

1. Derjenige Teil, welcher die Aufrechnung erklärt, ist befugt, zu bestimmen, auf welche der mehreren ihm gegenüberstehenden Forderungen er aufrechnen will. Dies bildet aber nur einen Antrag zu einer Einigung, welcher die Eigentümlichkeit hat, daß er als angenommen gilt, wenn der andere Teil nicht unverzüglich widerspricht.

2. Wurde die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder wurde unverzüglich Widerspruch eingelegt, so gelten für die Aufrechnung die Vorschriften des § 366 Abs. 2 über die Anrechnung einer Zahlung. Es ist also

a) zunächst auf die fällige Forderung, dann

b) auf diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, aufzurechnen. Dahin gehört namentlich eine bereits verjährte Forderung.

c) Des weiteren ist auf die dem Schuldner lästigere, bei mehreren gleich lästigen auf die ältere Forderung, bei gleichem Alter auf jede Forderung verhältnismäßig aufzurechnen.

3. [Hieraus folgt die heutige Zulässigkeit der sog. replica compensationis, welche die herrschende Meinung des gemeinen Rechts verwarf. Denn indem der auf Zahlung belangte Schuldner die ihm zustehende Forderung gegen die eingeklagte Forderung aufrechnet, macht er dem Kläger nur einen Vorschlag zur Anrechnung auf die jetzt erhobene Forderung. Widerspricht der Kläger diesem Vorschlag, indem er eine andere ihm gegen denselben Schuldner zustehende Forderung zur Kompensation bestimmt, so greifen die Vorschriften des § 366 Abs. 2 Platz. Dabei kann es jedoch geschehen, daß die eingeklagte Forderung als die dem Schuldner lästigere erachtet wird und aus diesem Grunde die Verweisung des Beklagten auf die andere Forderung des Klägers mißlingt.

Ob dasselbe gilt, wenn der Gläubiger nur einen Teil seiner Forderung einklagt und den aufrechnenden Beklagten auf den nicht eingeklagten Teil verweisen will, ist streitig. Zu bejahen ist die Frage nur dann, wenn man mit der herrschenden Meinung annimmt, daß die Geltendmachung eines Teiles einer Forderung diesen Teil zu einer dem nicht eingeklagten Teile gegenüber selbständigen Forderung macht.[4])]

4. Schuldet der aufrechnende Teil dem anderen außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so ist zunächst auf die Kosten, dann auf die

---

4) [Dies tut R.G. 66 S. 266 ff. mit ausführlicher Begründung. Mit Recht ist in diesem Urteile die von Dernburg in diesem Bande § 124 Bem. 10 vertretene Auffassung von einer in solchem Falle von selbst eintretenden Klagerweiterung verworfen worden.]

Zinsen aufzurechnen. Eine Aufrechnung anderer Art darf der Gläubiger ablehnen, § 396 Abs. 2. Diese Ablehnung muß nicht unverzüglich geschehen.[5]

5. Hat der aufrechnende Teil mehrere Forderungen, so unterliegt es seiner freien Bestimmung, welche von ihnen er zur Aufrechnung verwenden will. Dies liegt im Wesen der Sache. Wenn § 396 seinem Wortlaut nach auch den Fall der Aufrechnung mit einer von mehreren Forderungen trifft, so kann dies nur als ungenaue Fassung angesehen werden.

Sollte der Schuldner erklären, daß er aufrechne, ohne die Forderung zu bezeichnen, mit welcher dies geschehen soll, und läßt sich auch nicht erkennen, welche seiner mehreren Gegenforderungen zur Aufrechnung verwendet werden soll, so ist seine Erklärung bis zu ihrer Vervollständigung unwirksam.[6]

Fünftes Kapitel.

Andere Endigungsgründe.

§ 131. Erlaß.[1]

I. Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt.

Solcher Vertrag entspricht der römischen Akzeptilation. Indessen bestehen erhebliche Unterschiede. Vor allem war die Akzeptilation an eine bestimmte Form gebunden. Der heutige Erlaßvertrag ist formlos,[2] der Erlaß kann also stillschweigend erklärt werden. Es ist auch unerheblich, ob der Schuldner zuerst den Antrag auf Erlaß stellt und der Gläubiger ihm zustimmt, oder ob der Gläubiger dem Schuldner den Erlaß erklärte und der Schuldner diese Erklärung annahm.

Notwendig ist ein Vertrag.[3] [4] Der bloße Verzicht des Gläubigers,

---

5) And. Anf. Planck Anm. 2 zu § 396.

6) Anders jedoch Oertmann a. a. O. § 396 Ziff. 3 Abs. 2; übereinstimmend: Planck Anm. 3 zu § 396.

1) Cohn bei Gruchot Bd. 47 S. 221, sowie Caspers Erlaß und Verzicht nach B.G.B.

2) Auch ein Erlaßvertrag zum Zwecke der Schenkung bedarf einer Form nicht, da in dem Vertrage die Erfüllung enthalten ist, § 518 Abs. 2 B.G.B. R.G. v. 17. Januar 1903 Bd. 53 S. 294. Der unentgeltliche Erlaß unter der Bedingung, daß der Schuldner den Gläubiger überlebt, würde aber nach § 2301 eine Schenkung von Todes wegen sein und der Form der letztwilligen Verfügungen bedürfen.

3) Unzulässig ist der Verzicht auf den künftigen Unterhalt, § 1614 Abs. 1, desgleichen ein unentgeltlicher Verzicht des unehelichen Kindes gegenüber seinem Erzeuger. — Nach § 521 Z.P.O. kann sich der Be-

welcher seitens des Schuldners nicht angenommen wurde, ist ohne Wirkung.[5]

Ein weiterer Unterschied des heutigen Erlaßvertrags von der Akzeptilation liegt darin, daß letztere unbedingt und unbetagt erklärt sein mußte, während der Erlaßvertrag des B.G.B. § 397 befristet, auch an Bedingungen geknüpft sein kann.

Die römische Akzeptilation war ein notwendig abstraktes Geschäft. Von dem Bestimmungsgrunde, welcher zu ihr führte, konnte sie nicht abhängig gemacht werden. Auch der Erlaßvertrag des B.G.B. ist an sich abstrakt.[6] Aber da er an Bedingungen geknüpft sein kann, so kann namentlich auch die Rechtsbeständigkeit seines Bestimmungsgrundes zur Bedingung gemacht werden. Dies wird im Leben häufig beabsichtigt sein. Abstrakt ist der Erlaßvertrag namentlich, wenn er in die Form der Quittung gekleidet ist. Daß die Quittung einen Erlaßvertrag in sich schließen kann, aber nicht immer in sich schließt, wurde bereits ausgeführt.[7]

Der Erlaßvertrag kann wie die römische Akzeptilation dieselbe Wirkung haben, wie die Zahlung des Geschuldeten, so daß das Schuldverhältnis schlechthin getilgt ist. Seine Wirkung kann aber auch eine begrenztere sein.[8] Insbesondere wirkt ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß für die übrigen Schuldner nur, wenn dies die Vertragschließenden wollten, § 423. Entsprechendes gilt auch für den Erlaß seitens eines Gesamtgläubigers, § 429 Abs. 3.

---

rufungsbeklagte der Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat. Der hier vorausgesetzte Verzicht auf die Berufung ist kein Verzicht im Sinne des § 397, da das Recht auf Berufung kein Recht aus einem Schuldverhältnis ist. Vgl. §§ 346, 514, 566 Z.P.O.

4) Die Prozeßvollmacht ermächtigt zum Verzicht auf den Streitgegenstand, § 81 Z.P.O.

5) Zum Verzicht auf ein Pfand genügt die einseitige Erklärung des Pfandgläubigers dem Verpfänder oder Eigentümer gegenüber § 1255 Abs. 1 B.G.B., selbst die bloße Rückgabe des Pfandes genügt, § 1253 Abs. 1. Entsprechendes gilt für die Hypothek, Grundschuld, Rentengrundschuld, Nießbrauch, §§ 875, 1064, 1168. Der Verzicht auf diese Rechte stellt ein einseitiges Rechtsgeschäft dar. Vgl. Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 207. — Desgleichen enthält der Verzicht auf Rücknahme des Hinterlegten im Sinne des § 376 ein einseitiges Rechtsgeschäft. Unter besonderen Regeln steht der Erbverzicht, §§ 2346 ff. In allen diesen Fällen kommt § 397 B.G.B. nicht zur Anwendung, da diese Vorschrift nur die zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Tilgung einer Forderung zum Gegenstande hat.

6) Vgl. Bayr. Obst.L.G. v. 22. Mai 1907 in der Samml. f. Entsch. Bd. 8 S. 189. Das legatum liberationis wirkt nach B.G.B. als Vermächtnis nur obligatorisch. Vgl. aber unten Bd. 5 § 83 Ziff. IV.

7) Vgl. oben § 116 Ziff. VIII.

8) Vgl. R.G. Bd. 9 S. 309; Zeitschr. f. Elsaß-Lothr. Bd. 14 S. 198.

II. Der Gläubiger kann nicht bloß die Schuld völlig erlassen; er kann sich auch verpflichten, die Schuld nicht zur Geltung zu bringen — das römische pactum de non petendo — z. B. von dem Schuldner, so lange er lebt, die Leistung nicht zu verlangen. Dann erwächst dem Schuldner eine Einrede, die Forderung aber ist nicht getilgt.

III. Die Forderung erlischt wie durch Erlaß, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht mehr besteht, § 397 Abs. 2.

Diese sogenannte negative Anerkennung ist gedankenmäßig vom Erlaß verschieden. Denn dieser unterstellt ein bisher bestehendes Fordrungsrecht; das negative Anerkenntnis tut dies nicht, erklärt vielmehr nur dessen Nichtbestehen und läßt dahingestellt, ob es rechtlich begründet war oder nicht, bereits früher getilgt wurde oder bis zu seiner Erklärung Geltung hatte.

Das negative Anerkenntnis ist Willenserklärung, wirkt also konstitutiv und hat keineswegs bloß die Bedeutung eines außergerichtlichen Geständnisses. Einer Form, wie sie für das positive Schuldanerkenntnis in § 781 gefordert wird, bedarf die negative Anerkennung nicht.

Es muß sich aber selbstverständlich aus seinem Inhalt oder den Umständen ergeben, daß der Wille des Gläubigers in seiner Erklärung auf einen dispositiven Akt gerichtet war, daß es sich also nicht bloß um ein Geständnis handelte.

Ein Hauptfall liegt in der Entlastung — Decharge — nach gestellter Rechnung; er wurde bereits oben behandelt.[9]

IV. Der Erlaßvertrag, wie der negative Schuldanerkennungsvertrag stehen unter den allgemeinen Regeln von Verträgen und können demgemäß auch nach § 119 wegen Irrtums angefochten werden. Fehlt aber dem gewollten Erlaß- oder Anerkennungsvertrage der angenommene Grund oder ist der bezweckte Erfolg nicht erreicht, so muß der Schuldner das Erlangte nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben, § 812. Der abstrakte Vertrag bleibt dann zu Recht bestehen, so daß etwaige Bürgen endgültig befreit und etwaige Pfandrechte erloschen sind.

§ 132. Tod eines Beteiligten.

I. Die Obligation überdauert in der Regel das Leben der Person des Gläubigers wie des Schuldners. Sie ist Bestandteil ihres Nachlasses und geht daher auf ihre Erben über.[1] Insbesondere gilt dies für die

9) Oben § 40.

1) Es wird sogar das Zustandekommen eines Vertrags nicht dadurch gehindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt, § 153; vgl. § 130,

Verbindlichkeiten des Erlassers, § 1967. Darin liegt ein unentbehrlicher Satz des modernen Verkehrsrechts, welcher sich infolge der Rezeption des römischen Rechts im Gegensatze zum älteren deutschen Recht festgestellt hat.

Es gibt aber Obligationen, welche nur der individuellen Person des Gläubigers dienen, sowie solche, welche nur die individuelle Person des Schuldners verbinden und mit dem Tode des Gläubigers oder des Schuldners untergehen.[2]

Namentlich gehen die Ansprüche des § 847 in Fällen der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit oder der weiblichen Ehre sowie im Falle der Freiheitsentziehung, soweit sie Geldentschädigung über den Vermögensschaden hinaus in sich schließen, nicht auf die Erben des Verletzten über, sie seien denn durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden. Auch der Anspruch auf Buße ist unvererblich. Dasselbe gilt für den Entschädigungsanspruch einer unbescholtenen Verlobten nach § 1300.

Sind Handlungen geschuldet, bei welchen es auf bestimmte Eigenschaften und Fähigkeiten des Schuldners ankommt, so geht die Verpflichtung auf die Erben des Schuldners nicht über, z. B. im Falle der Verpflichtung zur Herstellung eines Gemäldes.

II. Etwas anderes ist es, daß häufig obligationsbegründende Verhältnisse — Schuldverhältnisse im weiteren Sinne — durch den Tod eines Beteiligten aufgehoben oder infolge des Todes lösbar sind.

Unter anderem erlischt der Auftrag[3] im Zweifel durch den Tod des Beauftragten, § 673, nicht minder ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag, sofern er eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, § 675.[4] Eine Gesellschaft wird im Zweifel durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, § 727, vgl. 736. Dies gilt auch für die offene Handelsgesellschaft

---

ferner §§ 791 und 794. Ebensowenig wird trotz Fehlens einer entsprechenden Vorschrift der Antrag nicht dadurch annahmeunfähig, daß der Antragsempfänger in der Zeit zwischen Absendung und Annahme des Antrags stirbt. — Der Bürge kann sich im Falle des Todes des Hauptschuldners nicht darauf beruhen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet, § 768.

2) Vgl. §§ 520, 605 Abs. 3, 1615, 1712, 1713.

3) Durch den Tod des Auftraggebers erlischt im Zweifel der Auftrag nicht, § 672. Desgleichen erlischt die Prokura nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts, § 52 Abs. 3 H.G.B.; wohl aber durch den Tod des Prokuristen. Ebenso Staub Anm. 9 zu H.G.B. § 52.

4) [Der Tod eines Geschäftsinhabers kann für seine Erben einen wichtigen Grund darstellen, das Dienstverhältnis der Angestellten zu lösen, § 626. R.G. v. 7. Juni 1904 Bd. 58 S. 256. Auch die Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 323 ff. über Unmöglichkeit der Leistung erscheint in einem solchen Falle nicht ausgeschlossen.]

nach H.G.B. § 131 Ziff. 4, während der Tod des Kommanditisten nach H.G.B. § 177 und des stillen Gesellschafters nach H.G.B. § 339 die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge hat. Ist die Aufhebung einer Gemeinschaft auf Zeit ausgeschlossen, so tritt dies im Zweifel mit dem Tode eines Teilhabers außer Kraft, § 750. Die Miete wird mit dem Tode des Mieters kündbar, § 569, und zwar sowohl seitens des Erben als des Vermieters. Der Verpächter hat beim Tode des Pächters dies Recht nicht, § 596 Abs. 2.[5]

Die Aufhebung des Schuldverhältnisses hat auf die bereits begründeten einzelnen Verpflichtungen keinen Einfluß, ohne Unterschied, ob sie fällig oder betagt oder bedingt sind.

§ 133. Vereinigung[1]

I. Entsprechend dem römischen Rechte geht nach B.G.B. die Obligation durch Vereinigung — Konfusion — unter, wenn sich die Eigenschaft als Gläubiger und Schuldner in derselben Person vereinigt. Allerdings spricht dies das B.G.B. nicht allgemein aus, es ergibt sich aber aus dem Wesen der Obligation und wird in einzelnen Vorschriften vorausgesetzt.

1. Konfusion tritt vor allem infolge der Erbfolge ein. Sie vollzieht sich ferner, wenn eine Forderung auf deren Schuldner durch Abtretung übergeht.

2. Der Untergang der Forderung durch Konfusion rechtfertigt sich dadurch, daß ihr damit die Bedingung ihres Bestehens entzogen ist. Die Konfusion ist in der Regel der Zahlung gleichwertig,[2] da der, in dessen Person sie sich vollzieht, durch sie das Aufbringen der Mittel zur Erfüllung, welches ihm sonst obgelegen hätte, erspart. Doch folgt daraus keine durchgreifende Gleichstellung.

Dies tritt namentlich bei der Gesamtschuld hervor.[3] Im Zweifel hebt die Vereinigung der Forderung des Gläubigers mit der Verpflichtung eines Gesamtschuldners die Forderung gegen die übrigen Gesamtschuldner keineswegs, wie dies durch Erfüllung geschieht, auf, § 425

---

5) [Über den Lehrvertrag beim Tode des Lehrherrn s. H.G.B. § 77 Abs. 4.]

1) Bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 67 Anm. 3 Angef.; Schwedler, Erlöschen durch Vereinigung 1897 S. 71; Sachs, Konfusion 1898; Kretschmar, Konfusion 1899; Sachs, Die Wirkungen der Konfusion 1901.

2) L. 21 § 1 D. de lib. leg. 34, 3 confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione

3) Vgl. l. 71 pr. D. de fidej. 46, 1.

Abs. 2. Im Falle der Vereinigung einer Gesamtforderung und der Schuld in der Person eines der Gesamtgläubiger erlischt dagegen die Gesamtschuld schlechthin, § 429 Abs. 2. Beerbt ferner der Gläubiger den Bürgen, so wird nur die Bürgschaftsschuld, nicht die Hauptschuld konfundiert. Dagegen erlischt die Bürgschaft bei einer Konfusion des Gläubigers und des Hauptschuldners, § 767.

II. Die Vernichtung durch Konfusion ist grundsätzlich endgültig, denn der Regel nach kann eine einmal erloschene Obligation nicht wieder zur Geltung kommen.

Die Obligation bleibt jedoch bestehen, wenn das Gläubigerrecht auflösend bedingt an den Schuldner gelangt, nicht minder, wenn dies bloß auf Zeit geschah. Hiernach tritt im Fall einer Nacherbfolge die infolge des Erbfalls eingetretene Konfusion außer Kraft, § 2143. Entsprechendes gilt beim Vermächtnis einer dem Erblasser gegen den Erben zustehenden Forderung, § 2175. Im Fall eines Erbschaftskaufs treten ähnliche Sätze ein, § 2377.

Dauernder Untergang der Forderung durch Konfusion tritt endlich nicht ein, wenn ein Order- oder Inhaberpapier an den Schuldner gelangt.[4]

III. Die Konfusion von Forderungen des Erben mit Nachlaßverbindlichkeiten wird ausgeschlossen, wenn sich die Haftung des Erben auf den Nachlaß beschränkt, § 1976, vgl. § 1991.

IV. Besondere Regelung hat die Vereinigung von Forderung und Schuld bei der Hypothek erfahren. Die näheren Ausführungen sind bei dem Sachenrecht zu geben.[5]

Ein Wechsel kann nach Art. 10 der Wechselordnung gültig an den Aussteller, Bezogenen, Akzeptanten oder einen früheren Indossanten indossiert werden, ohne daß die Wechselobligation untergeht. Durch weitere Indossierung lebt das infolge der Vereinigung inzwischen ruhende Wechselrecht in vollem Umfange wieder auf.

---

4) Vgl. R.G. Bd. 18 S. 8.
5) Unten Bd. 3 §§ 220 ff. der 4. Aufl.

Vierter Abschnitt.

Übertragung der Forderungen.[1]

§ 134. Die geschichtliche Bildung der Forderungsübertragung.

I. Dem älteren Rechte galt die Obligation als unübertragbar. Nur der Mitkontrahent konnte nach altrömischem Rechte die Kontraktsklage, nur der Verletzte die Deliktsklage anstellen. Dies war schon durch die Form der Klage geboten, welche typisch und ein für allemal geordnet nur in der Person des ursprünglichen Gläubigers zutraf. Dazu kam, daß bei der Strenge des alten Exekutionsrechts die Person des Gläubigers für den Schuldner nichts weniger als gleichgültig war.

II. Seit der Herrschaft des Merkantilsystems und der Geldwirtschaft — etwa vom Ausgang der punischen Kriege an[2] — erschienen dem römischen Verkehr die Forderungen als Ware und die Möglichkeit ihrer Verwertung geboten.

Doch nur schwerfällig kam das römische Recht dem Bedürfnis entgegen. Man half sich durch Novation, bedurfte hierzu aber der Mitwirkung des Schuldners. Da diese nicht immer zu erlangen war, griff man zu einem Notbehelfe, so daß man dem, welcher die Forderung erwerben sollte, eine unentziehbare Ermächtigung zur Einklagung und Einkassierung gab, ihn zum procurator in rem suam machte[3]; das Forderungsrecht verblieb danach an sich dem ursprünglichen Gläubiger, aber die Geltendmachung des Rechts sollte der Zessionar haben. Da sich ergab, daß das Prozeßmandat doch nicht für alle Fälle ausreichte, näherte man sich dem Ziele der Forderungsübertragung durch andere Behelfe. Dahin gehörte die Denuntiation der Zession an den Schuldner, welche ihn hinderte, seinem ursprünglichen Gläubiger fortan noch zu zahlen, schließlich die actio utilis, welche da eingriff, wo das Prozeßmandat nicht genügte.

III. Dem älteren deutschen Rechte war die allgemeine Übertragbarkeit der Obligationen gleichfalls grundsätzlich fremd.[4] Immerhin er-

---

1) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 47 Anm. 1 und dort Angef.; L. Affolter in Kohlers Archiv Bd. 13 S. 296; Stammler, Schuldverhältnisse S. 181; Kuhlenbeck, Von den Pandekten Bd. 2 §§19 und 20; Cosack Bd. 1 §§ 114, 115; Regelsberger in Iherings Jahrb. Bd. 47 S. 367; Schulz, Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession 1907.

2) Vgl. Stammler a. a. O. S. 182.

3) Gaj. Inst. II, § 38.

4) Dies hat namentlich Brunner, insbesondere in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 22 S. 518 ff. nachgewiesen. Vgl. auch Stobbe-Lehmann Bd. 3 S. 247.

öffnete es sich für die Begebung von Vertragsforderungen frühzeitig einen Weg dadurch, daß der Schuldner in der Schuldurkunde versprach, Zahlung zu leisten nicht bloß dem benannten Gläubiger, sondern auch Dritten, welche dieser künftig bestimmen werde. Häufig verpflichtete er sich dem dereinstigen Präsentanten der Urkunde ohne weiteres, sei es mit oder ohne besondere Legitimation. Urkunden dieser Art hatten also den Zweck, die Begebung der Forderung zu ermöglichen. Der Gedanke, durch die Inhaberklausel die Begebbarkeit der Forderung zu erleichtern, gehört erst der späteren Zeit an.

IV. Die Übertragung der Forderungen im heutigen Recht erwuchs aus römischem und aus deutschem Recht.[5] Sie ist dreifacher Art:

Die allgemeine Weise der Übertragung von Forderungen durch Vertrag ist die Abtretung der Forderung. Sie lehnt sich an die römische Zession an. Der Zessionar erhält durch die Abtretung das Gläubigerrecht, B.G.B. § 398. Aber weitgehende Berücksichtigung des Schuldners schränkt dies Recht ein.

Eine entsprechende Stellung erlangt, wer durch richterliche Überweisung das Gläubigerrecht erhält. Nicht selten geht es auch von Rechts wegen auf einen neuen Gläubiger über.

Sprößlinge des deutschen Rechts bilden die Übertragung der Forderung durch Indossament bei den Orderpapieren und die Begebung durch Übergabe der Urkunde bei Inhaberpapieren.

Hier ist das Gläubigerrecht des Erwerbers ein weit durchgreifenderes.

Erstes Kapitel.

Die Abtretung der Forderung und die gleichgestellten Fälle.

§ 135. Die Abtretung der Forderung und ihr Rechtsgrund.

I. Übertragung einer Forderung durch Vertrag nennt das B.G.B. Abtretung, § 398.

Den Abtretenden bezeichnet es als den „ursprünglichen Gläubiger", auch wenn er die Forderung von einem früheren Gläubiger, dem ursprünglichen, oder dessen Rechtsnachfolger erlangt hat. Zuweilen spricht es genauer vom „bisherigen" Gläubiger, den Gegenteil nennt es den „neuen Gläubiger", auch wenn er keine Gläubigerrechte er-

5) Das heutige Recht gibt dem Gläubiger das Recht, die ihm gebührende Forderung so zu verwerten, wie er es in seinem Interesse für gut befindet. S. jedoch O.L.G. Dresden im Sächs.Arch. Bd. 11 S. 738.

wirbt, z. B. weil der Abtretende die Forderung bereits einem anderen übertragen hatte.

Für die Abtretung der Forderung ist die Bezeichnung als Zession, welche gemeinrechtlich üblich war, im Verkehr derart eingebürgert, daß sie sich neben dem gesetzlichen Ausdruck erhalten wird. Auch die Benennung des Abtretenden als des „Zedenten", seines Mitkontrahenten als des „Zessionars", und des Schuldners der abgetretenen Forderung als des „Zessus" wird in der Rechtssprache fortgebraucht werden. Ist sie doch häufig nicht entbehrlich, wenn man deutlich sein oder unverhältnismäßige Weitläufigkeit vermeiden will.

II. Die frühere Lehre unterschied nicht scharf die „Abtretung" — „Zession" — und deren „Rechtsgrund".

Dies tritt auffallend im A.L.R. I, 11 § 376 hervor, welches seine Vorschriften über die Abtretung der Rechte in einem Unterabschnitt der Kauf- und Verkaufsgeschäfte trifft und in seine Begriffsbestimmung der Abtretung aufnimmt, daß sie „gegen eine bestimmte Vergeltung geschehe".

Die Wissenschaft ist fortgeschritten!

Sie erkannte, daß die Abtretung als Übertragung von Rechten parallel der Übereignung durch Übergabe körperlicher Sachen läuft, und weiß, daß diese Übertragung grundsätzlich unabhängig von dem Rechtsgrunde der Abtretung, z. B. dem Verkauf, der Schenkung, der Angabe an Zahlungsstatt erfolgen kann.

Im Leben freilich vollzieht sich mit dem Verkaufe der Forderung meist unmittelbar und stillschweigend auch deren Abtretung. Den Laien kommt es daher nicht leicht zum Bewußtsein, daß sich zwei rechtlich zu scheidende Rechtsgeschäfte vollziehen. Dies hindert das B.G.B. nicht, die Abtretung der Forderung als abstraktes Rechtsgeschäft zu behandeln, welches Rechtsbestand auch hat, wenn der vermeinte Rechtsgrund, z. B. der Verkauf, nicht besteht oder ungültig ist.

Da jedoch die Abtretung bedingt geschehen kann, so ist sie keineswegs ein notwendig abstraktes Geschäft. Vielmehr kann sie nach dem Willen der Beteiligten von ihrem Rechtsgrund abhängig gemacht werden. Und dies muß keineswegs ausdrücklich geschehen.

III. Einst galt es im gemeinen Recht als sichere Wahrheit, daß der Zedent der Forderung für deren Rechtsbeständigkeit, nicht aber für deren tatsächliche Beitreibbarkeit hafte.

Doch mit Fug verwarf den Satz die neuere Wissenschaft.[1] Nicht die Abtretung verbindet den Zedenten zur Gewährleistung, diese bestimmt sich vielmehr nach dem zugrunde liegenden Geschäft.

Nach dem ersten Entwurf, § 298, sollte dem Zessionar für den rechtlichen Bestand der Forderung jeder haften, welcher sich durch Vertrag zur Abtretung der Forderung verpflichtet hatte.

Aber das wurde infolge des zweiten Entwurfs im B.G.B. § 437 nur für den Verkauf der Forderung übernommen. Gleiches gilt nach § 445, vgl. auch § 524 für alle entgeltlichen Verträge. Inwieweit im übrigen eine Haftung für Gewährleistung eintritt, muß aus allgemeinen Grundsätzen entnommen werden.[2]

§ 136. Die Abtretung und ihre Form.

I. Die Abtretung geschieht mittels Vereinbarung des bisherigen Gläubigers und des Erwerbers über den Übergang der Forderung, § 398.[1 2]

Bloße Übernahme der Verpflichtung zur Abtretung einer Forderung ist möglich. Häufig ist sie nicht. Denn da die Beteiligten durch ihre Übereinstimmung unmittelbar den Übergang vollziehen können, werden sie selten eine bloße Verpflichtung übernehmen, welche noch ein neues Geschäft zu ihrer Verwirklichung verlangt.

II. Die Forderung, welche abgetreten werden soll, muß bei der Übertragung derart individualisiert sein, daß bestimmbar ist, was der Zessionar erhalten soll.[3] Es ist aber nicht notwendig, daß der Betrag

---

1) Nach dem Vorgange von Schliemann, Die Haftung des Zedenten 1848.
2) Vgl. Stammler a. a. O. S. 197.
1) E. I § 398; Mot. Bd. 2 S. 118; Kom.Prot. Bd. 1 S. 377.
2) Die Frage, ob eine Forderung abtretbar ist, bestimmt sich bezüglich älterer Schuldverhältnisse nach dem 1. Januar 1900 nach dem alten Recht, Form und Wirkung der Abtretung nach dem neuen. Habicht, Einwirkung S. 174. Über die Frage, welches örtliche Recht anzuwenden ist, vgl. O.L.G. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 56 S. 260 n. 146; Kam.Ger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 13 S. 402.
3) Seufferts Archiv Bd. 7 n. 20. Bei Striethorst Archiv Bd. 30 S. 7 wurde „die Abtretung von 100 Talern des dem Abtretenden aus der G.schen Vermögensmasse zustehenden Anteils“ wegen Unbestimmtheit des Gegenstandes für unzulässig erachtet. R.G. Bd. 20 S. 235 erklärte nicht minder die Abtretung des Betrags von 4200 Mk. von den dem Zedenten zustehenden Erbansprüchen für unwirksam, „weil der Gegenstand der Übereignung unbestimmt und nach Lage der Sache auch nicht bestimmbar sei“. Vgl. O.L.G. Celle in Seufferts Arch. Bd. 55 n. 235, ferner auch Gruchot Bd. 26, S. 956 über Abtretungen von Rechten aus einem noch nicht bestehenden Rechtsverhältnis, siehe auch § 136 II unten.

der Forderung, ja nicht einmal, daß die Person des Schuldners bereits feststeht. Insbesondere kann eine Schadensersatzforderung abgetreten werden, obgleich den Beteiligten deren Umfang und die Person des Schädigers noch nicht bekannt ist. Daher ist die Bestimmung eines Versicherungsvertrags rechtswirksam, vermöge deren der Versicherer ohne weitere Abtretung in die Rechte des Versicherten gegen Dritte eintritt, welche den versicherten Schaden verursachten.[4]

III. Ob sog. Blankozessionen zugunsten einer Person, deren Name in der Zessionsurkunde offen gelassen wird, wenn der Name des Zessionars später vom Empfänger der Urkunde ausgefüllt wurde, gültig seien, war nach früherem Rechte bestritten.[5]

Gemeinrechtlich erachtete man Blankozessionen überwiegend als zulässig.[6] In der preußischen Rechtsprechung wurden sie vorzugsweise um deswillen angezweifelt, weil nach preußischem Rechte die Zession in der Regel schriftlich sein mußte, eine Zessionsurkunde aber, in welcher die Person des Erwerbers offen gelassen war, das Geschäft nur unvollständig beurkundete und formalisierte.[7] Unter der Herrschaft des B.G.B. sind Blankozessionen anzuerkennen.[8] Dies zweifellos, wenn die Abtretung an den Nehmer des Blanketts mündlich geschah, also nur die Urkunde unvollständig war. Aber auch dann, wenn deren Empfänger nicht der Zessionar sein sollte, sondern nur die Ermächtigung erhielt, einen solchen zu suchen und ihn unter Einhändigung des Blanketts zum Gläubiger zu machen. Dann liegt ein Vertrag zugunsten eines noch unbestimmten und unbenannten Gläubigers vor, welcher als gültig zu erachten ist.[9] Es steht daher nichts entgegen, daß der Empfänger des Blanketts durch Eintragung des Zessionars die schriftliche Abtretungserklärung vervollständigt.[10]

---

4) Gruchot Bd. 23 S. 981; R.O.H.G. Bd. 9 S. 165.

5) Über Blankette vgl. R.G. Bd. 14 S. 297, Bd. 27 S. 272; Jur.Woch. 1886 S. 356 n. 35, S. 45 n. 30, 1891 S. 303 n. 9; R.O.H.G. Bd. 8 S. 55, Bd. 11 S. 31, Bd. 12 S. 244.

6) Vgl. R.G. Bd. 4 S. 175.

7) O.Trib. Bd. 1 S. 161 verneinte die Befugnis des Nehmers des Blanketts zur Ausfüllung; vgl. auch Eccius, Bd. 1 § 99 Anm. 48. Siehe aber auch R.G. Bd. 16 S. 88 und dort Angef.

8) Gleicher Ansicht Rehbein Bd. 2 S. 380 n. 6. So namentlich für die Blankounterschrift überhaupt auch R.G. vom 18. Februar 1904 in Entsch. Bd. 57 S. 67.

9) Vgl. oben § 81.

10) Gilt dies auch für Fälle, in welchen die Erteilung der Abtretungserklärung schriftlich zu geschehen hat, insbesondere bei hypothekarisch versicherten Forderungen, § 1154, und danach bei Grundschulden, § 1192? [Nein,

IV. Ein häufig vorkommendes Geschäft ist die sog. fiduziarische Abtretung einer Forderung, welche in der Meinung vorgenommen wird, daß zwar der Erwerber gegenüber dem Schuldner die Rechtsstellung eines Gläubigers haben soll, im Verhältnis zum Übertragenden aber nur sog. Treuhänder ist, derart, daß er diesem das Beigetriebene zu erstatten und dessen Anweisungen bezüglich der Geltendmachung der Forderung nachzukommen hat.

Ein solches Geschäft ist gültig.[11] Da dem Schuldner gegenüber der Zessionar Gläubiger ist, so hat der Schuldner weder ein Interesse noch ein Recht daran, eine derartige Zession anzufechten. Sie ist auch keineswegs „simuliert", wie man oft einwendet, sondern ernst gemeint, soweit es sich um die Einräumung der Gläubigerstellung gegenüber dem Schuldner handelt.[12] [13] [14]

(vgl. das Preußische Ausf.Ges. zum B.G.B. Art. 34), insbesondere R.G. v. 25. April 1906 D.Jur.Ztg. 1906 S. 822, sowie Entsch. Bd. 63 S. 230.] Vgl. die Mot. dieses Gesetzes.

11) R.G. Bd. 22 S. 163 führt aus: „Vereinbarungen zwischen Zedenten und Zessionar über Ausübung des übertragenen Gläubigerrechts berühren das Schuldverhältnis selbst nicht, können daher auch nicht vom Zessus gegen den legitimierten Zessionar geltend gemacht werden."

12) So namentlich R.G. Bd. 25 S. 210 in preußischer Sache. „Sobald nur eine formell ordnungsmäßige Erklärung des bisherigen Gläubigers vorliegt, daß der andere das Recht als das seinige auszuüben befugt sein soll, kann der Schuldner die Legitimation dieses andern auf Grund von Abmachungen, welche neben der Ausstellung und Aushändigung dieser Erklärung getroffen sind, nicht in Frage stellen. Diese erweiterte Auffassung des Zessionsbegriffs, nach welcher unter derselben auch die Ermächtigung zur Einziehung der Forderung auf eigenen Namen ohne Abtretung des materiellen Gläubigerrechts begriffen wird, führt zur Zurückweisung der Einrede der Simulation." Vgl. weiter R.G. Bd. 37 S. 106, Bd. 39 S. 167, Bd. 53 S. 417. In diesem Sinne wird häufig in der Rechtsprechung die Einrede der Simulation, welche der Zessus vorschützt, zurückgewiesen, R.G. Bd. 25 S. 207, Bd. 14 S. 336; Gruchot Bd. 37 S. 119; Jur.Woch. 1892 S. 381 n. 37; Bolze Bd. 8 n. 387, Bd. 1 n. 868.

13) Der Zessus hat jedoch nach R.G. Bd. 39 S. 166 eine „Einrede der Arglist" gegen den Zessionar, dem die Forderung materiell nur als einem Inkassomandatar erteilt war, wenn inzwischen der Auftrag zur Einziehung widerrufen ist oder der Zessionar gegen den Willen des Zedenten Ansprüche gegen den Schuldner geltend macht, R.G. vom 8. Febr. 1902, D.Jur.Ztg. 1903 S. 273; nicht minder, wenn sich der Zessus inzwischen mit dem Zedenten verglichen hat, Bolze Bd. 1 n. 853. Die Einrede der Arglist kann auch dann begründet sein, wenn der Zessionar nicht vermögend ist, die Prozeßkosten zu bezahlen, während der Zedent hierzu imstande wäre, Kammerg. in Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1902 S. 16; vgl. Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 212. Mit Unrecht ist dies mehrfach in der Rechtsprechung abgelehnt worden; Bolze Bd. 8 n. 378, 279; Jur.Woch. 1889 S. 521 n. 22, 1900 S. 860 n. 23; Gruchot Bd. 34 S. 464; Jur.Monatsschr. f. P. 1898 S. 29. Behauptet der Schuldner, daß die Zession dergestalt nichtig ist, daß auf den Zessionar überhaupt keine Rechte übergegangen sind, so ist er mit dem Einwand der

Bedenklich ist nur die Frage, ob die Gläubiger des Zessionars berechtigt sind, die ihm bloß fiduziarisch übertragene Forderung für sich zu pfänden, und ob die Konkursgläubiger eines solchen Zessionars die Forderung als Bestandteil der Konkursmasse verwerten dürfen. Es ist aber anzunehmen, daß der Zedent die Rückgewähr der Forderung oder ihres Wertes von den Gläubigern seines Treuhänders beanspruchen darf. Anderenfalls würden sie sich, gestützt auf das bloß formale Recht des Zessionars, zum Nachteil desjenigen, welchem die Forderung materiell gehört, ohne zureichenden rechtlichen Grund bereichern. Vergl. B.G.B. § 812.[15]

V. Die Abtretung kann unter *Nebenbestimmungen jeder Art* geschehen, insbesondere unter einer aufschiebenden Bedingung.

Geschieht die Abtretung einer Forderung aufschiebend bedingt, so ist im Falle des Ausfalls der Bedingung die vereinbarte Gegenleistung nicht geschuldet. Wird dagegen eine bedingte Forderung unbedingt veräußert, so ist die Gegenleistung auch bei Ausfall der Bedingung geschuldet. Es liegt ein dem Hoffnungskauf ähnliches Geschäft vor.[16]

VI. Von besonderer Bedeutung ist die *Form der Abtretung*. Es hätte viel für sich, die Abtretungserklärung an die Schriftlichkeit zu binden. Soll sie doch gegen den Dritten, den Schuldner wirken, welchem von einer bloß mündlichen und formlosen Abtretung sichere Kenntnis häufig fehlen wird.

Richtigkeit zu hören, auch wenn er ein eigenes Interesse an diesem Einwande nicht nachweisen kann, Kammerg., Bl. f. Rechtspfl. in B. d. K. 1903 S. 68. [Man darf von simulierter oder Schein-Zession nur dann sprechen, wenn der Zedent das Gläubigerrecht auf den Zessioner nicht übertragen, sondern ihm nur den Auftrag zur Einziehung geben wollte. Aber auch hier wird der Einwand des Schuldners als ein dem Recht eines Dritten entnommener nicht zu hören und nur dann zuzulassen sein, wenn seine Lage durch die Scheinabtretung verschlechtert werden sollte, z. B. wenn die Abtretung in der Absicht erfolgt ist, das Auftreten des Zedenten in dem Prozeß gegen den Schuldner als Zeugen zu ermöglichen. S. darüber O.L.G. Marienwerder im Recht 1904 S. 75; vgl. jedoch R.G. v. 16. März 1906 in Puchelts Zeitschr. Bd. 37 S. 305, sowie R.G. in der Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1906 S. 44.]

14) Ein Vertrag zwischen dem Zedenten und dem Zessionar, wonach die Gläubigerrechte auf den Zessionar übergehen sollen, aber der Zedent weiter als Gläubiger nach außen hin gelten solle, ist zulässig. Dem klagenden Zedenten kann mangelnde Aktivlegitimation nicht entgegengesetzt werden, R.G. Bd. 27 S. 339, Bd. 40 S. 220; Badische Ann. Bd. 57, S. 376; Gruchot Bd. 30 S. 1005; O.L.G. Dresden v. 7. Mai 1906 im Sächs. Arch. Bd. 1 S. 429.

15) Stammler a. a. O. S. 196 nimmt an: „Nach B.G.B. ist eine fiduziarische Zession nicht zulässig."

16) L. 19 D. de a. vel. her. vend. 18, 4. — Es ist möglich, daß nur das kausale Rechtsgeschäft bedingt ist, die Abtretung aber unbedingt geschieht. Dies folgt aus der abstrakten Natur der Abtretung.

Gemeinrechtlich ging die Forderung formlos auf den Zessionar über; der Schuldner erschien dadurch genügend gesichert, daß er bis zur Anzeige der Abtretung noch an den Zedenten zahlen durfte. Nach A.L.R. war dagegen fast immer Schriftlichkeit der Abtretung nötig, nämlich bei Forderungen über 150 Mark, sowie bei verbrieften Forderungen, über welche dem Gläubiger eine Urkunde ausgestellt war. Das alte H.G.B. beseitigte freilich bezüglich der Handelsgeschäfte die landrechtliche Form der Abtretung.[17]

Das B.G.B. hat ein verwickeltes System.

Die Abtretung vollzieht sich grundsätzlich formlos; auch mündlich, selbst durch schlüssige Handlungen.[18]

Aber die formlose Abtretung allein gewährt dem Zessionar bloß ein unfertiges Recht, denn der Schuldner ist nur verpflichtet, dem neuen Gläubiger gegen Aushändigung einer schriftlichen Abtretungserklärung oder im Falle einer schriftlichen Anzeige der Abtretung seitens des Zedenten zu leisten. Er kann auch, wenn es hieran fehlt, eine Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers zurückweisen, § 410.

Der Erwerber der Forderung wird daher nicht leicht den Preis für die abgetretene Forderung zahlen, ehe er die schriftliche Abtretungserklärung erhält oder sich mindestens von der schriftlichen Mitteilung des Zedenten an den Schuldner vergewissert hat. Der Zedent wiederum wird seine Forderung in der Regel nicht abtreten, wenn ihm die Gegenleistung nicht hierfür Zug um Zug zuteil wird. Im Leben wird also die Schriftlichkeit der Abtretungserklärung die fast ausnahmslose Regel bilden.[19]

Die Formlosigkeit der Abtretung gilt nicht für hypothekarisch versicherte Forderungen. Sie verlangen schriftliche Abtretungserklärung oder Eintragung der Abtretung in das Grundbuch; außerdem ist Übergabe des Hypothekenbriefs notwendig, falls dessen Erteilung nicht ausgeschlossen ist, § 1154.[20]

---

17) Art. 317, Gruchot Bd. 28 S. 1049.

18) In der Übergabe eines Sparkassenbuchs kann eine Übertragung der Forderung liegen. O.L.G. Colmar in Jur.Ztschr. f. Els.-Lothrg. Jahrg. 27 S. 271.

19) Ein leicht durchsichtiges Recht der Forderungsabtretung hat das B.G.B. nicht geschaffen. Daraus entstehen für die wissenschaftliche Darlegung und die Beherrschung der Lehre Schwierigkeiten. Doch wird man sich der Hoffnung hingeben, daß sich im Leben und in der Praxis die Sache einfacher gestaltet.

20) Vgl. unten Bd. 3 § 232 d. 4. Auflg.

Die Abtretung einer Anweisung hat schriftlich zu erfolgen, § 792. Formlose Abtretung reicht auch nicht aus bei Forderungen aus Wechseln und anderen Wertpapieren, die zediert werden sollen, denn es folgt aus dem Wesen dieser Forderungen, daß sie nur mit dem Papier auf den Erwerber übergehen.[21 22 23]

§ 137. Der Gegenstand der Abtretung.

I. Die Abtretung beschränkt sich nicht auf Forderungsrechte.

Abtretbar sind vielmehr auch dingliche Ansprüche, insbesondere der Herausgabeanspruch des Eigentümers, B.G.B. § 931, nicht minder aus dem Besitz abgeleitete Ansprüche, namentlich auf Wiedergewinnung verlorenen Besitzes.[1]

Es bestimmt sich auch die Übertragung von Rechten anderer Art, soweit nichts Abweichendes gesetzlich vorgeschrieben ist,[2] nach den Grundsätzen über Abtretung der Forderungen, § 413.[3] Dies gilt z. B. für Urheberrechte[4] und Patentrechte.[5]

Selbstverständlich sind nur Vermögensrechte abtretbar; nicht Personenrechte, nicht reine Familienrechte. Der kaufmännische Name, die Firma ist abtretbar, aber nur mit dem Handelsgeschäfte, für welches sie geführt ward, H.G.B. § 23. Nicht abtretbar sind öffentlich-rechtliche Befugnisse.

II. Die Abtretung *zukünftiger* Forderungen, auch wenn deren Rechtsgrund noch nicht gelegt ist, wird durch die Vorschriften des B.G.B. nicht gehindert und muß deshalb im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des gemeinen Rechts für zulässig erachtet werden.[6 7] Doch muß

---

21) R.O.H.G. Bd. 11 S. 251; R.G. Bd. 3 S. 329.

22) Abtretung des Anspruchs auf Übereignung eines Grundstücks unterliegt der Vorschrift des § 313 nicht, da diese als Sonderrecht nicht auszudehnen ist; sie kann also formlos geschehen, vgl. oben § 80 IV; Landsberg in D.Jur.Ztg. 1901, S. 350.

23) Über die Anfechtbarkeit der Abtretung siehe unten § 140 IV.

1) A. Ansicht Eccius, Preuß.Pr.R. Bd. 1 § 99 Anm. 63. Die „Wiedereinräumung" geschieht in der Person des Zessionars. Nicht abtretbar ist der Anspruch wegen Besitzstörung, § 862, sofern nicht auch der *Besitz* dem Zessionar überlassen wird.

2) Besondere Vorschriften finden sich u. a. §§ 792, 2033.

3) Anders bei dem nach dem preußischen Berggesetze von 1865 begründeten Kuxen, R.G. Bd. 28 S. 252; vgl. Hellwig, Rechtskraft S. 394—398.

4) Vgl. §§ 8, 9 des Ges. v. 19. Juni 1901, § 10 Ges. v. 9. Januar 1907.

5) Die Rechte aus dem Lizenzvertrage sind an sich übertragbar. O.L.G. Stuttgart im Jahrb. f. württmbg. Rechtspfl. Bd. 13 S. 346.

6) Vgl. Planck Anm. 4 e zu § 398; Heuer in D.Jur.Ztg. 1903 S. 28; Strauß das. 1903 S. 342; Eccius das. 1904 S. 54 (verneinend), gegen ihn Tuhr, das. S. 426 und wiederum Eccius bei Gruchot Bd. 48 S. 465: „Wesen

bei Abtretung zukünftiger Forderungen der Gegenstand der Abtretung mindestens bestimmbar sein.[8]

III. Forderungen aus zweiseitigen Verträgen sind selbst dann abtretbar, wenn der Zedent noch nicht oder nicht vollständig oder nicht gehörig geleistet hat.[9] Dem Schuldner bleiben zwar seine Einwendungen wegen Nichterfüllung des Vertrags auch dem Zessionar gegenüber. Dagegen kann er die Gegenleistung nur dem Zedenten, nicht dem Zessionar gegenüber einklagen.

Der Eintritt in ein Schuldverhältnis, z. B. in eine Gesellschaft, ein Miet-, Pachtverhältnis an Stelle des ursprünglich Beteiligten, kann nur unter Einwilligung aller Mitbeteiligten, z. B. aller Gesellschafter, geschehen.

IV. Das Justinianische Recht verbot die Abtretung rechtshängiger Forderungen unter Strafe der Nichtigkeit. Man

---

der Verfügungen des B.G.B." Lippmann in D.Jur.Ztg. 1903 S. 471 und 1904 S. 255; R.G. 29. Sept. 1903 in R.G. 55, 334 und 1. Oktober 1907 Bd. 67 S. 166; O.L.G. Dresden in Sächs.Annalen Bd. 24 S. 114; O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 213; O.L.G. Jena v. 29. Oktober 1906 D.Jur.-Ztg. 1907 S. 76; O.L.G. Hamburg v. 18. März 1905 Hans. Ger.Ztg. 1905 Beibl. S. 168 Nr. 98 sowie Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 11 S. 308. Über die Abtretung von Auseinandersetzungsansprüchen vgl. Brückmann in Kohlers Archiv Bd. 28 S. 264.

7) Nach § 398 Abs. 2 Satz 2 B.G.B. tritt mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrags der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers. Hierdurch wird nur zum Ausdruck gebracht, daß die Zession als solche den Rechtserwerb vermittelt, so daß die Wirkung der Zession von Aushändigung der Schuldurkunden, Benachrichtigung u. dergl. mehr nicht abhängig gemacht ist. Hat hiernach § 398 Abs. 2 bei der Frage der Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen auszuscheiden, so enthält das B.G.B. andererseits Bestimmungen, die entschieden zugunsten der Abtretbarkeit sprechen. Nach § 312 Abs. 2 begründet der Vertrag über die Abtretung des zukünftigen Erbrechts unter gesetzlichen Erben eine gültige Verpflichtung, und nach §§ 765, 1113, 1204 sind Bürgschaft, Hypotheken, Pfandrechte für zukünftige Forderungen bestellbar. Erforderlich zu solcher Übertagung ist lediglich der Wille der Beteiligten, daß die bezeichnete Forderung sofort mit der Entstehung auf den Zessionar übergehen solle.

8) [R.G. v. 1. Oktober 1907 Bd. 67 S. 166. Vgl. den interessanten Fall in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 11 S. 358.]

9) Plenarbeschluß des O.Trib.Entsch. Bd. 12 S. 10; R.O.H.G. Bd. 12 S. 77; R.G. Bd. 6 S. 377; R.G. v. 8. April 1902 in Puchelts Ztschr. Bd. 33 S. 517; O.L.G. Karlsruhe Bad. Rechtspr. 1905 S. 281; vgl. auch das. 1904 S. 63; R.G. v. 25. Oktober 1904 Recht 1904 S. 601; R.G. Bd. 13 S. 11; Motive Bd. 2 S. 121; Oertmann zu § 399, 1 b. Anders zum Teil Stammler S. 186. Auch der Einwand aus § 321 B.G.B. ist dem Zessionar gegenüber zulässig. R.G. Bd. 51 S. 170. Es sind z. B. in diesem Sinne die sog. Engagementsbriefe über Zeitgeschäfte an der Börse abtretbar. Über Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot im Zwangsversteigerungsverfahren vgl. Ges. über Zwangsversteigerung § 81, unten Bd. 3 § 260 Ziff. 2 der 4. Aufl.

fürchtete unlautere Einwirkung auf den schwebenden Prozeß durch Einschiebung eines einflußreichen Zessionars.

Nach Z.P.O. § 265 Abs. 2 soll nur die prozessualische Lage durch die Abtretung einer rechtshängigen Forderung nicht geändert werden, die Abtretung selbst ist aber gültig, da die Gefahr, welche Justinian fürchtete, unter den heutigen Verhältnissen nicht mehr besteht.

Die Folge des § 265 Z.P.O. ist, daß der Rechtsnachfolger die Befugnis nicht hat, den Prozeß ohne Zustimmung des Beklagten als Hauptpartei zu übernehmen oder in den Prozeß als Hauptintervenient einzutreten, Nebenintervention ist ihm gestattet.[10] Da aber die Forderung auf den Zessionar übergegangen ist, so ist er berechtigt, vom Zedenten zu fordern, daß er unter Änderung seines Klageantrags Verurteilung zugunsten des Zessionars begehrt.[11] Ferner kann der Schuldner auch während der Dauer eines Prozesses, wenn ihm die Abtretung bekannt wird, keine Einwendung aus der Person des Zedenten mehr erlangen, wohl aber solche aus der Person des Zessionars erwerben, da dieser der prozessualischen Bestimmung ungeachtet sein Gläubiger geworden ist.[12] [13]

V. Das Recht auf den Pflichtteil ist übertragbar, § 2317 Abs. 2; der Pfändung ist es aber nur unterworfen, wenn es durch Vertrag anerkannt oder wenn es rechtshängig geworden ist, Z.P.O. § 852 Abs. 1. [Denn der Anspruch soll nicht gegen den Willen des Berechtigten geltend

---

10) [Dies auch dann, wenn der Anspruch ursprünglich vom Zedenten im Mahnverfahren anhängig gemacht ist und der Zessionar ihn nach der Abtretung im Klagewege weiter verfolgen will, R.G. v. 9. Mai 1904 Jur.Woch. 1904 S. 389. Dagegen ist in einem Wiederaufnahmeverfahren der Zessionar ausschließlich legitimiert, R.G. v. 26. März 1904 Jur.Woch. 1904 S. 363.]

11) Vgl. R.G. v. 11. Januar 1904 Jur.Woch. 1904 S. 147 sowie Entsch. Bd. 56 S. 301, vgl. Verfahren behufs Erlaß des Läuterungsurteils; ferner R.G. v. 19. November 1904 Gruchot Bd. 49 S. 902; R.G. v. 13. Oktober 1905 Jur.Woch. 1905 S. 715. R.G. v. 4. Dez. 1902 in Sächs.Arch. Bd. 13 S. 218; vgl. R.G. v. 11. Dez. 1902 Jur.Woch. 1903 S. 23.

12) Hatte der Zedent für seine Forderung bereits ein vollstreckbares Urteil erlangt, so ist er auf Grund der Zession verpflichtet, die ihm erteilte Urkunde hierüber dem Zessionar auszuhändigen. Der Zessionar kann aus diesem Urteile die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner erst betreiben, nachdem auf Grund der öffentlich beglaubigten Zessionsurkunde dem Zessionar eine Vollstreckungsklausel erteilt und diese Klausel nebst zugehöriger Zession dem Schuldner zugestellt ist, §§ 727, 750 Abs. 2 Z.P.O. Die Zustellung der Zessionsurkunde ist nicht erforderlich, wenn die Rechtsnachfolge dem Gericht offenkundig, § 727 Abs. 2 Z.P.O., oder wenn die Zession im Grundbuche vermerkt war, § 799 Z.P.O.

13) Vgl. Eccius, Preuß.Pr.R. Bd. 1 § 99; Reinhardt bei Gruchot Bd. 40 S. 71; Hellwig, Rechtskraft S. 153—170, Lehrb. I § 52[30]; Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 391; Kohler in Busch.Ztschr. Bd. 12 S. 100. — Anderer Ansicht Wach bei Gruchot Bd. 30 S. 779. — Über Statutenkollision siehe Seuff.Arch. Bd. 11 n. 102. — Vgl. auch R.G. Bd. 39 S. 12.

gemacht werden; dieser Wille aber ist erklärt, wenn der Pflichtteilsberechtigte auch nur ein Anerkenntnis seitens des Erben angenommen hat.]

Das gleiche gilt für den Anspruch des verarmten Schenkers auf Herausgabe des Geschenks nach B.G.B. § 528, Z.P.O. § 852 Abs. 2.

VI. Das gemeinrechtliche Verbot der Abtretung von Forderungen an mächtigere Personen und die Vorschrift des A.L.R. I, 11 § 385, wonach richterliche Personen streitige Rechte nicht erwerben konnten, wenn deren Entscheidung an das Gericht, dem sie zugehörten, fallen würde, ist dem B.G.B. fremd.

§ 138. Fortsetzung. Ausschließung der Übertragbarkeit.

I. Die Abtretbarkeit ist keine notwendige Eigenschaft der Forderung.

Vielmehr kann sie durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen werden.[1,2]

Der erste Entwurf, § 295 Abs. 2, wollte dies nicht anerkennen. Liegt hierin doch ein privates Veräußerungsverbot, welches vom B.G.B. grundsätzlich als unwirksam angesehen wird. B.G.B. § 399 letzter Satzteil läßt aber Vereinbarung der Ausschließung gemäß der Beschlüsse der zweiten Kommission zu. Dies entspricht berechtigten Verkehrsinteressen und war vom bisherigen Recht überwiegend anerkannt.[3]

Die Ausschließung der Abtretung geschieht meist bei Begründung des Schuldverhältnisses; es ist auch zulässig, daß sie nachher vereinbart wird. Durch Zustimmung des Schuldners zu einer Abtretung verliert das Verbot seine Kraft.

Tritt der Gläubiger ohne solche Zustimmung eine Forderung ab, deren Unabtretbarkeit vereinbart war, so wird hierin nicht selten eine unwiderrufliche — § 168 Satz 2 — Bevollmächtigung zur Geltend-

---

1) Prot. Bd. 1 S. 384 führen an, daß in den Statuten vieler Versicherungsgesellschaften die Abtretung der dem Versicherten zustehenden Forderungen verboten wird, daß die Abtretung der Retour-, Rundreise- und Abonnementskarten der Eisenbahnen, der Rechte aus Depotscheinen der Reichsbank verboten ist.

2) Der Vertrag zwischen dem Zedenten und dem Zessionar über Ausschließung der Weiterbegebung der Forderung steht hier nicht in Frage, vgl. § 137 B.G.B.

3) Gemeinrechtlich erkannte man die Geltung des pactum de non cedendo überwiegend an, vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 50; Stegemann im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 67 S. 315; R.G. Bd. 31 S. 167; anders R.G. Bd. 27 S. 340 für französisches Recht.

machung der Forderung zu sehen sein, vergl. B.G.B. § 140.[4] In diesem Sinne ist die Forderung stets pfändbar, Z.P.O. § 851 Abs. 2. Auch bestimmt im Interesse des gutgläubigen Verkehrs § 405: Hat der Schuldner dem Gläubiger eine Schuldurkunde ausgestellt, welche die Unabtretbarkeit der Forderung nicht erwähnt, und geschah die Abtretung unter Vorlegung der Schuldurkunde, so ist die Abtretung gültig, es sei denn, daß der Erwerber bei der Abtretung deren Ausschließung kannte oder kennen mußte.

II. Gewisse Ansprüche sind höchstpersönliche, derart, daß ihre Abtretung unzulässig ist.[5]

Hierher gehört der Anspruch aus einem Vorkaufsrechte, § 514, das Recht eines Gesellschafters gegen die Mitgesellschafter gemäß § 717, ferner der Anspruch auf eine noch nicht zuerkannte Buße, der Anspruch der Verlobten auf Abfindung nach § 1300, sowie der Anspruch aus § 847 wegen Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der weiblichen Ehre und wegen Freiheitsentziehung.

Der Anspruch auf Buße wird abtretbar, wenn sie zuerkannt ist, der Anspruch auf die im § 847 erwähnte Entschädigung, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist [und damit der Berechtigte den Willen kundgegeben hat, sein Recht geltend zu machen.[6]]

III. Soweit eine Forderung nicht pfändbar ist, ist sie auch nicht abtretbar,[7] § 400; umgekehrt ist in Ermangelung besonderer Vorschriften, was nicht übertragbar ist, auch nicht pfändbar, Z.P.O. § 851 Abs. 1.[8,9]

---

4) Anders freilich für das gemeine Recht R.G. Bd. 31 S. 166.

5) Ein Konkurrenzverbot ist im Zweifel nicht lediglich an die Person des Berechtigten gebunden, sondern bezweckt den Schutz des vom Berechtigten betriebenen Geschäfts. Wird dieses veräußert, so kann auch das Recht aus dem Konkurrenzverbot auf den Erwerber übertragen weden. R.G. v. 28. Aug. 1901 in Seuff.Arch. Bd. 56 S. 411 n. 227; Jur.Woch. 1901 S. 725 n. 30; vgl. H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht S. 312.

6) Andere höchstpersönliche, nicht übertragbare Ansprüche siehe B.G.B. §§ 1427, 1585, 1623, 1658, 1408; H.G.B. § 664; vgl. ferner § 2 des Lohnbeschlagnahmegesetzes v. 21. Juni 1869; Gew.O. § 115 a. Auch Ansprüche auf Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vor endgültiger Feststellung sind nicht übertragbar, Gesetz v. 20. Mai 1898 § 5 Abs. 4. Ferner ist der Anspruch auf Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft erst nach rechtskräftiger Entscheidung übertragbar, Gesetz v. 14. Juli 1904 § 6 Abs. 4.

7) Anders früher, R.G. Bd. 4 S. 143.

8) Bezüglich der Übertragbarkeit der vermögensrechtlichen Ansprüche von Beamten, Geistlichen, öffentlichen Lehrern und ihrer Hinterbliebenen infolge des öffentlichen Dienstes macht Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 80 und 81 einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung; vgl. z. B. Reichsbeamtengesetz § 6, Reichsmilitärges. § 45; vgl. Platho in Ztg. der ver. dtsch. Eisenb.-Verwaltung Jahrg. 40 S. 955. Die Abtretung der Beamtenbesoldungen und die Aufrechnung gegen derartige Ansprüche.

IV. Nicht abtretbar ist eine Forderung, wenn die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger ihren Inhalt verändern müßte, § 399. Hierüber entscheiden die Lebensverhältnisse und die Zwecke des Geschäfts.[10] Zum Teil finden sich besondere gesetzliche Vorschriften:

1. Im Zweifel sollen Ansprüche auf Dienste[11] nach § 613 Satz 2, sowie solche auf Ausführung eines Auftrags nach § 664 unübertragbar sein. Immerhin ist die Übertragbarkeit derartiger Ansprüche nicht selten.[12] Namentlich sind Ansprüche auf Dienste, welche jedem aus dem Publikum geleistet zu werden pflegen, als übertragbar anzusehen. Rechte z. B. auf Personenbeförderung gegen Anstalten, die hieraus ein Gewerbe machen, sind in der Regel übertragbar. Bezüglich des Personentransports über See versagt zwar H.G.B. § 664 die Übertragbarkeit, wenn der Reisende in dem Überfahrtsvertrage genannt ist. Dies ist eine besondere, durch die Interessen der Transportgesellschaften nicht geforderte, ihren Gründen nach veraltete Bestimmung.

2. Nicht abtretbar sind Ansprüche auf künftig fällige Unterhaltsbeiträge, da ihr Zweck der Unterhalt gerade der Person des Gläubigers ist, vgl. § 1614 Abs. 1, dagegen sind die nicht erhobenen rückständigen Raten abtretbar, § 1613.

Nicht alle Ansprüche, die als Unterhaltsformen bezeichnet werden, haben diese Natur rein.[13] [14] So namentlich, wenn es sich um feste Leistungen handelt, die zwar zunächst, aber nicht ausschließlich dem Unterhalt des Berechtigten bestimmt sind, so daß sie, wenn sie rückständig sind, nachgezahlt werden müssen. Solche Rückstände sind abtretbar.

3. Nicht abtretbar sind in der Regel Ansprüche aus Vorverträgen, vermöge deren man dem anderen Teile kreditieren soll, weil sonst für den

---

9) Vertragsmäßige Unfallversicherungsrenten sind gleich vertragsmäßigen Leibrenten übertragbar. Kammerg. Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K. 1904 S. 7.

10) [Unzulässig ist z. B. die Abtretung von Darlehnsforderungen, die öffentliche Pfandleiher in ihrem Geschäftsbetriebe gegen Faustpfänder erworben haben, an Personen, die nicht denselben Vorschriften, wie die öffentlichen Pfandleiher unterworfen sind, R.G. v. 26. April 1904 Bd. 58 S. 71.]

11) Auch das Recht auf Gesindedienste ist nicht übertragbar.

12) Vgl. R.G. bei Seuffert Bd. 45 n. 177 S. 285.

13) R.G. Bd. 4 S. 143.

14) Ob Altenteilsleistungen die eine oder die andere Natur haben, ist Sache der Auslegung im einzelnen Falle; Striethorst, Archiv Bd. 84 S. 316, Bd. 86 S. 94. — Über die regelmäßige Nichtabtretbarkeit der rückständigen Kompetenzbeiträge beim Fideikommiß vgl. R.G. v. 20. Februar 1907 Jur. Woch. 1907 S. 200.

künftigen Hauptvertrag ein anderer Kontrahent eingeschoben würde und damit die Verpflichtung eine von der ursprünglichen verschiedene wirtschaftliche Natur erhielte.[15]

V. Bestimmte oder bestimmbare Teile einer Forderung sind in der Regel abtretbar.[16]

Es gibt jedoch Forderungen, deren Inhalt es widerspricht, daß die Leistung zum Teil dem einen, zum Teil einem anderen geschieht. Man kann z. B. eine Eisenbahnfahrkarte für eine Strecke nicht zum Teil abfahren und dann abtreten. Entsprechendes gilt für die Abtretung einer Rückfahrkarte oder Rundreiseheftes, denn die Leistung, welche solche Karten zusagen, ist für eine Person bestimmt.[17] Ebenso ist es bezüglich eines Theater- oder Ballbillets; man ist nicht befugt, sie für einige Zeit zu benutzen, für den Rest der Zeit abzutreten.[18]

VI. Setzt eine Forderung eine gewisse Eigenschaft des Gläubigers voraus, z. B. die Zugehörigkeit zu einer Korporation, so kann sie nur an Personen abgetreten werden, welche diese Eigenschaft haben.[19]

VII. Nicht selbständig übertragbar sind Rechte, welche einem anderen Anspruche zugehören, ohne einen selbständigen Wert zu besitzen.

Daher ist z. B. ein Feststellungsanspruch nicht selbständig abtretbar:[20] ferner nicht das durch § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes gewährte Recht, auf Aufhebung oder Minderung einer zuerkannten Rente zu klagen.[21]

---

15) Vgl. Oertmann zu § 399 Ziff. 1 a am Ende. Vgl. O.L.G. Braunschweig Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 13 S. 422. Vgl. R.G. v. 7. Oktober 1907 Jur.Woch. 1907 S. 708. — Über den Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern s. unten im besonderen Teile der neuen Aufl. Vgl. O.L.G. München Recht 1901 S. 231; O.L.G. Frankfurt Frankf.Rundsch. Bd. 39 S. 260; Friedländer in Seuff.Bl. 1904 S. 203; Kammerg. in Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 13 S. 211; Dechamps D.Jur.Ztg. 1905 S. 903; Seuff.Bl. 1906 S. 659; O.L.G. Karlsruhe Bad. Rechtspr. 1905 S. 281.

16) Abtretbar ist auch der Anspruch auf Übereignung eines Teils eines gekauften Grundstücks. Über die Gewährleistungspflicht in solchem Falle vgl. Gruchot Bd. 36 S. 982.

17) So de Jonge, Die Unübertragbarkeit des Retourbillets 1888, Entsch. des Kammerg. Bd. 5 S. 404; Altsmann bei Gruchot Bd. 30 S. 110; dagegen Jhering in seinem Jahrb. Bd. 23 S. 329.

18) Ebensowenig kann man Speisemarken für ein Mittagessen nach Genuß der halben Mahlzeit einem anderen für die Folge der Gerichte gültig abtreten.

19) Das Recht auf ein Warenzeichen kann — wie die Firma, oben § 136 I — nur mit dem Geschäftsbetriebe, zu welchem es gehört, übertragen werden, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. Mai 1894 § 7.

20) O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 46; vgl. dazu R.G. v. 4. Oktober 1905 Holdh. Monatsschr. Bd. 14 S. 317.

21) R.G. Bd. 1 S. 315.

Nicht selbständig abtretbar sind auch die Rechte auf Auskunfterteilung nach §§ 259 ff., sowie die Rechte auf Vorlegung von Sachen oder Urkunden nach §§ 809, 810.

Gleiches gilt von den der Sicherung dienenden Rechten, Hypotheken, Pfandrechten im engeren Sinne, Zurückbehaltungsrechten, Ansprüchen aus Bürgschaften.

Was aber einen besonderen Wert hat, kann allerdings, wenn es auch einem anderen Anspruche zugehört, selbständig abgetreten werden, z. B. Zinsen, auch gesetzliche, auch noch nicht verfallene,[22] wie auch verfallene und noch nicht verfallene Vertragsstrafen.[23]

§ 139. Inhalt und Umfang des abgetretenen Rechts.

I. Bei der Abtretung handelt es sich für die Beteiligten in der Regel um einen gewissen Vermögensausstand. Auf die juristische Form des Anspruchs legen die Beteiligten im Verkehre meist kein Gewicht.

Entbehrt daher der Anspruch, so wie er abgetreten wird, der rechtlichen Gültigkeit, hat aber der Abtretende aus dessen tatsächlicher Grundlage Ansprüche anderer Art gegen den Zessus, z. B. wegen ungerechtfertigter Bereicherung, so sind diese Ansprüche im Zweifel als eventuell abgetreten anzusehen.

II. Wird eine Forderung ohne besondere Beschränkung abgetreten, so ist weiter im Zweifel anzunehmen, daß nach der Absicht der Beteiligten alles, was ihr wirtschaftlich zugehört und mit ihr eine wirtschaftliche Einheit bildet, abgetreten werden sollte.[1] Hieraus ist zu schließen:

1. Ansprüche auf künftig verfallende bedungene Zinsen und künftig verfallende Vertragsstrafen gelten in der Regel als mit der Forderung abgetreten.

---

22) Eccius, Pr.Pr.R. Bd. 1 § 99 erachtet zu Unrecht die selbständige Zession künftiger Verzugszinsen als unzulässig.
23) Vgl. oben § 100.

1) Das Gesetz enthält keine Bestimmung. Nach den Mot. Bd. 2 S. 125 soll es Sache der Auslegung in jedem einzelnen Falle sein, wie es sich mit dem Übergange solcher Rechte verhält. Natürlich ist der Inhalt des Abtretungsvertrags in erster Linie entscheidend. Für den Fall, daß er aber den Umfang der Abtretung nicht ergibt, was häufig ist, muß ihn Wissenschaft und Praxis nach der Natur der Sache entwickeln. Vgl. A.L.R. I, 11 § 107. — Anfechtungsrechte gehen mit über, R.G. Bd. 39 S. 38; Jur.Woch. 1897 S. 240 n. 44.

2. Auf Zinsen, welche zur Zeit der Abtretung rückständig,[2] und auf Vertragsstrafen, welche damals bereits verfallen waren, bezieht sich dies nicht. Sie gelten dem Verkehr als besondere dem Gläubiger zugehörende Vermögensausstände.

3. Anders ist es bezüglich gesetzlicher Zinsen, insbesondere der Verzugszinsen, sowie betreffs bereits erwachsener Schadensersatzansprüche, da sie im Leben und im Verkehr nicht als selbständige Ausstände, sondern als Erweiterungen des Hauptanspruchs angesehen werden.[3]

4. Hat ein früherer Gläubiger seine Forderung unter dem Versprechen der Gewährleistung für die Richtigkeit der Forderung und die Zahlungsfähigkeit des Schuldners abgetreten, und tritt der Zessionar die Forderung einem neuen Zessionar ab, so hat dieser nicht ohne weiteres das Recht, den ersten Zedenten aus dessen Garantieversprechen in Anspruch zu nehmen.[4] Dieses Recht wird nicht wirtschaftlich als ein Zubehör der abgetretenen Forderung angesehen, es bedarf daher einer ausdrücklichen Abtretung des Anspruchs aus jenem Garantieversprechen, damit es auf den Zessionar des Zessionars übergehe.

III. Mit der abgetretenen Forderung gehen selbstverständlich solche Rechte auf den Zessionar über, welche sich nach dem Gesetze notwendig an jene Forderung knüpfen. Dies gilt nach § 1153 Abs. 2 für eine zugunsten der Forderung begründete Hypothek, [doch nicht für die Höchstbetragshypothek § 1190 Abs. 4].

Im Zweifel gehen daher auf den Zessionar alle Hilfsrechte über, welche zugunsten der Forderung bestehen und einen selbständigen Wert haben. Dies gilt unter anderem[5]

a) für Pfandrechte an beweglichen Sachen und an Rechten[6] [7], für Vormerkungen, für Bürgschaften, § 401 Abs. 1.

---

2) O.Trib. Bd. 82 S. 138 und dort Angef.
3) Jur.Woch. 1881 S. 172; Gruchot Bd. 26 S. 420.
4) Gruchot Bd. 11 S. 21, Bd. 2 S. 419; Striethorst Arch. Bd. 31 S. 177; Bayr. Obst.L.G. Recht 1905 S. 133; R.G. v. 13. April 1905 Entsch. Bd. 60 S. 369; R.G. v. 25. März 1905 Gruchot Bd. 49 S. 906.
5) [Das Gesetz zählt in § 401 nur die Hauptfälle auf. Vgl. R.G. 65 S. 164 und 418.]
6) In Wiederholung der Vorschrift des § 401 erklärt § 1250, daß das Pfandrecht mit der Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht. Von der Übergabe der Pfandsache ist also der Übergang des Pfandrechts nicht abhängig, jedoch hat der Zessionar nach § 1251 einen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes. Mit Erlangung des Besitzes der Pfandsache tritt er in die Verpflichtungen des Pfandgläubigers gegenüber dem Verpfänder. Auch der Zedent haftet noch beschränkt als selbstschuldnerischer Bürge für etwaige Schadensersatzansprüche des Verpfänders. Wegen dieser

Schließt der Zedent den Übergang solcher Rechte aus, so würde sie zwar der Zessionar nicht erwerben, aber sie würden unwirksam. Nachträgliche Abtretung an den Zessionar ist als gültig zu erachten.

b) Zurückbehaltungsrechte gehen entsprechend dem § 401 Abs. 1 auf den Zessionar des Anspruchs über, wenn ihm der Besitz des zurückbehaltenen Gegenstandes übertragen wird. Ob der Zedent zu dieser Übertragung verpflichtet ist, ergibt das Abtretungsgeschäft und dessen Auslegung.

Zur Abtretung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts besteht eine Verpflichtung in der Regel nicht, da bei ihm eine besondere Beziehung der zurückbehaltenen Gegenstände zum abgetretenen Rechte fehlt. Händigt der Zedent jedoch die zurückbehaltenen Gegenstände dem Zessionar ein, so kann man im Zweifel die Absicht der Abtretung auch dieses Zurückbehaltungsrechts unterstellen.[8]

Der Zessionar kann nach § 401 Abs. 2[9] die mit der Forderung im Falle der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenen Vorzugsrechte geltend machen. Dies war bisher bestritten, entspricht aber der früher herrschenden und richtigen Ansicht.[10]

Persönliche Vorrechte, welche der Zedent bei Geltendmachung der Forderung gehabt hätte, z. B. Kostenfreiheit, kommen dem Zessionar nicht zugute.

IV. Der abgetretene Anspruch geht auf den Zessionar über ohne Rücksicht darauf, was er für ihn dem bisherigen Gläubiger gewährt hat.

Das gemeine Recht hatte bekanntlich nach der lex Anastasiana — l. 22 C. mandati 4, 3 — das Recht des Käufers einer Forderung für die Regel eingeschränkt, so daß er keinen höheren Betrag vom Schuldner einklagen konnte, als der Kaufpreis, für den er die Forderung erwarb, mit Zinsen betrug. Damit wollte man schmutzigen Geschäften entgegentreten, mittels deren habgierige Spekulanten für geringen Preis Forderungen

---

Haftung ist der Vollstreckungsschuldner nur gegen Sicherheitsleistung verpflichtet, dem Vollstreckungsgläubiger die Pfandsache, welche für die im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesene Forderung haftet, auszuhändigen, § 838 Z.P.O.

7) Das Recht eines Unternehmers auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648) geht gleichfalls in Ermangelung besonderer Vereinbarung auf den Zessionar über. O.L.G. Naumburg Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 6 S. 84; O.L.G. Celle das. Bd. 12 S. 82. — Die gegenteilige Ansicht des O.L.G. Kiel das. Bd. 4 S. 46 bekämpfen mit Recht Francke in Zeitschr. Das Recht 1902 S. 260, Teutsch in Seuff.Bl. f. Rechtsanwendg. 1902 S. 118.

8) Vgl. aber R.O.H.G. Bd. 5 S. 305, Bd. 10 S. 162; Pr.O.Trib. Bd. 62 S. 198.

9) E. I § 297; Mot. Bd. 2 S. 124; Kom.Prot. Bd. 1 S. 385.

10) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 51 Anm. 6.

gegen zweifelhafte Schuldner erwarben, um diese auszupressen. Was aber so dem Mißbrauche der Spekulation begegnen sollte, wurde zugleich ein Hindernis des berechtigten Verkehrs. Daher übernahm schon das A.L.R. I, 11 §§ 390, 391 die lex Anastasiana nicht, das alte H.G.B. Art. 299 beseitigte sie für Handesgeschäfte; die bei weitem meisten deutschen Landesrechte hoben sie auch für Nichthandelsgeschäfte auf. Das B.G.B. kennt diese Beschränkung gleichfalls nicht.

§ 140. Der Übergang der Forderung.

I. Unmittelbar mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrags geht die Forderung auf den Zessionar über.[1]

Dies ist das Grundprinzip des B.G.B. § 398 Satz 2. Hieraus folgt namentlich:

1. Die Gläubiger des Zedenten haben vom Zeitpunkt der Abtretung der Forderung an nicht mehr das Recht, sich aus ihr zu befriedigen. Daher unterliegt der Gläubiger, welcher sie pfändet, der Intervention des Zessionars; gerät der Zedent nach dem Abtretungsvertrag in Konkurs, so erstreckt sich das Recht der Konkursgläubiger nicht auf die abgetretene Forderung.

2. Tritt der Zedent die dem einen abgetretene Forderung noch einmal an einen anderen ab, so erhält dieser zweite Zessionar nichts, auch wenn er zur Zeit der Abtretung von der Abtretung an den ersten nichts wußte.

3. Der Zedent kann nach der Abtretung für die abgetretene Forderung Vorteile nur noch als Vertreter des Zessionars erwerben und nur, soweit er befugt ist, ihn zu vertreten.

4. Da die Forderung von der Abtretung an Bestandteil des Vermögens des Zessionars geworden ist, so kann er fortan über sie gültig verfügen, sie namentlich einklagen. Seine Gläubiger sind befugt, sie zu pfänden, sie gehört zu seiner Konkursmasse. Dies alles auch wenn eine schriftliche Abtretungserklärung, Aushändigung des Schuldscheins, eine Anzeige an den Schuldner noch nicht erfolgt ist.

II. Das grundsätzliche Recht ist im Interesse des Schuldners sehr wesentlich abgeschwächt.

---

1) Dies war auch der Standpunkt der bisherigen Rechtsprechung, vgl. namentlich R.O.H.G. Bd. 23 n. 104; R.G. Bd. 4 S. 115.

Vor allem gilt der bisherige Gläubiger zugunsten des Schuldners noch als dessen Gläubiger bis der Schuldner Kenntnis von der Abtretung erlangt hat.[2] In dieser Hinsicht ist hervorzuheben:

a) Erfüllung der Schuld an den bisherigen Gläubiger befreit den Schuldner noch nach § 407 Abs. 1 erster Satzteil.[3]

b) Rechtsgeschäfte des Schuldners mit dem bisherigen Gläubiger wirken gegen den Zessionar.

Unter Rechtsgeschäften sind auch hier nicht bloß zweiseitige Geschäfte, z. B. Erlaß- und Stundungsverträge, Verwandlung der Schuld in ein Darlehen, zu verstehen, sondern nicht minder einseitige, mögen sie von dem bisherigen Gläubiger oder von dem Zessus ausgehen, z. B. Kündigungen, Mahnungen. Auch das Setzen des bisherigen Gläubigers in Verzug gehört hierher, sowie die Mitteilung, an welche § 25 Abs. 2 H.G.B. eine Rechtsfolge knüpft.[4]

c) Die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung muß eine sichere sein. Bloßes Hörensagen kann in der Regel nicht ausreichen.

d) Kennenmüssen steht dem Kennen hier nicht gleich.

e) Der Zessionar muß, wenn er die Verhandlungen zwischen dem Zedenten und dem Schuldner nicht gelten lassen will, die Kenntnis des Schuldners bei ihrer Vornahme beweisen.[5]

Er wird daher veranlaßt sein, sich für diese Kenntnis möglichst bald Beweis zu verschaffen. Eine nachweisbare Anzeige der Abtretung an den Zessus dient diesem Zwecke.[6]

---

2) § 407 berechtigt keineswegs zu der Schlußfolgerung, daß alle dem Zessionar vorteilhaften Handlungen des Zedenten als vom Zessionar selbst vorgenommen anzusehen sind, wenn der Schuldner von der Zession nichts weiß. Demgemäß kann der Zedent nach der Zession, durch welche alle Rechte auf den Zessionar übergegangen sind (vgl. oben § 135 IV), weder durch ein im eigenen Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft ein akzessorisches Recht, als Pfandrecht oder Bürgschaft, für den Zessionar begründen noch durch im eigenen Namen vorgenommene Rechtshandlungen die Verjährung zugunsten des Zessionars unterbrechen. R.G. v. 29. Sept. 1902 in Jur.Woch. 1902 S. 548 n. 20.

3) [Da § 407 nur dem Schuldner ein Recht gewährt, so hängt es auch nur von diesem ab, ob er die an den bisherigen Gläubiger geleistete Zahlung als Tilgung der Schuld angesehen wissen oder das Geleistete mit der condictio indebiti zurückfordern will. So Cosack Bd. 1 § 114 II 2 a, b; Regelsberger S. 367; Kohler II § 61 III. Anderer Ansicht O.L.G. Frankfurt vom 16. März 1906, Recht 1906 S. 1257; Planck Anm. 1 zu § 407; Staudinger zu § 407.]

4) [So R.G. Bd. 67 S. 8.]

5) O.L.G. Dresden v. 6. Juni 1904 Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 9 S. 31.

6) Vgl. O.L.G. Dresden v. 6. November 1902 Seuff.Arch. Bd. 58 S. 222

f) Kenntnis der gesetzlichen Vertreter des Schuldners steht der eigenen gleich, ebenso Kenntnis eines freiwilligen Vertreters, welchem die Verwaltung der in Frage stehenden Angelegenheiten überlassen ist.

g) Ein rechtskräftiges Urteil zwischen Zedenten und Zessus wirkt gegen den Zessionar, es habe denn der Zessus zur Zeit, in welcher die Forderung rechtshängig wurde, die Abtretung bereits gekannt, § 407 Abs. 2.[7]

III. Die Abtretung der Forderung kann für den Schuldner den Nachteil haben, daß, nachdem er dem Zessionar erfüllt hat, oder rechtliche Verhandlungen mit ihm stattfanden, der Zedent die Abtretung in Abrede stellt und die Forderung geltend macht, wie wenn die Abtretung nicht geschehen wäre, so daß der Schuldner in die Lage versetzt wird, dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber beweisen zu müssen, daß er die Forderung abgetreten hat.

Das B.G.B. hat, um diese dem Schuldner nachteilige Folge der Abtretung abzuschwächen, Vorkehrungen getroffen.

1. Der Schuldner ist dem Zessionar gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet,[8] § 410 Abs. 1 Satz 1.

Es genügt auch, daß der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat, § 410 Abs. 2.

Der Schuldner hat also dem Zessionar nicht zu erfüllen, ehe ihm Beweismittel in die Hand gegeben werden, durch welche er erneute Ansprüche, die der Zedent etwa erhebt, zurückweisen kann.[9] [10]

2. Eine Kündigung oder Mahnung seitens des Zessionars ist ferner unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung der Abtretungsurkunde erfolgt und

---

und die dort Angeführten. Auf die Quelle der Kenntnis kommt es nicht an, R.G. v. 19. September 1905 Bd. 61 S. 245.

7) Hellwig, Rechtskraft S. 390—407, Lehrbuch § 54 [5]; vgl. R.G. v. 1. Mai 1906 Jur.Woch. 1906 S. 380.

8) Habicht in Jur.Woch. 1901 S. 770: „Die Vorlegung der Legitimationsurkunde bei einseitigen Rechtsgeschäften"; Hellbach in Das Recht 1903 S. 571 „Zu § 410 B.G.B."

9) Klagt der Zessionar die ihm abgetretene Forderung ein, so hat er die Prozeßkosten zu tragen, wenn er erst im Prozesse seine Aktivlegitimation nachweist und der Beklagte nunmehr den Anspruch anerkennt, § 94 Z.P.O.; vgl. O.L.G. Hamburg v. 23. Februar 1905 Hans. Ger.Ztg. 1905 Nr. 133.

10) Wendet der Schuldner im Prozesse ein, daß er nur gegen Aushändigung der Abtretungsurkunde zu leisten habe, so ist nicht abzuweisen, sondern gegen Aushändigung der Urkunde zu verurteilen. L.G. Gießen in Hess. Rechtspr. Jahrg. 1 S. 171.

der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist, § 410 Abs. 1 Satz 2.

Schriftliche Anzeige der Abtretung seitens des bisherigen Gläubigers an den Schuldner ersetzt auch in dieser Hinsicht die Vorlegung der Urkunde.

Der Schuldner, welcher die Mahnung oder Kündigung des Zessionars nicht gelten lassen will, hat deren unverzügliche Zurückweisung darzutun. Der Zessionar hat zu beweisen, daß er die Abtretungsurkunde dem Schuldner vorlegte oder daß diesem die Abtretung vom Zedenten schriftlich angezeigt war, als die Mahnung oder Kündigung geschah.

IV. Die entwickelten Grundsätze kommen entsprechend zur Anwendung, wenn der ursprüngliche Gläubiger eine Forderung, die er dem einen abgetreten hat, noch einmal einem anderen abtritt, § 408.

Zwar gehört in solchem Falle die Forderung, wie oben ausgeführt,[11] dem ersten Zessionar, so daß der zweite Zessionar nichts erwirbt. Hat aber der Schuldner von der Abtretung an diesen *Kenntnis erhalten, ohne von der vorgängigen Abtretung an einen anderen zu wissen*, so gilt zu seinen Gunsten der *zweite Zessionar als sein Gläubiger*. Erfüllt er diesem oder kommen Rechtsgeschäfte mit ihm in Ansehung der Forderung zustande, so kann sich der Schuldner dem ersten Zessionar gegenüber hierauf berufen, § 408 Abs. 1.[12]

Entsprechende Folgen treten ein, falls die Forderung bereits vor der Abtretung *kraft Gesetzes* auf einen neuen Gläubiger übergegangen war, der Schuldner aber hiervon nichts wußte, so daß er ihre Abtretung als rechtsbeständig ansah, § 412. War aber die Forderung durch Gerichtsbeschluß gepfändet und dem Gläubiger des ursprünglichen Gläubigers überwiesen, so muß dies der Schuldner wissen, weil die Pfändung der Forderung mit Zustellung des Gerichtsbeschlusses an ihn bewirkt wurde, Z.P.O. § 835 Abs. 3, § 829 Abs. 3. Der Schuldner kann daher, falls der bisherige Gläubiger die Forderung gleichwohl noch abtritt, nicht vorschützen, er habe von der früheren Pfändung der Forderung nichts gewußt.

---

11) Oben § 135.

12) Der Schuldner hat z. B. dem zweiten Zessionar gegen teilweisen Erlaß der Forderung ein Erfüllungsversprechen geleistet. Obgleich der Schuldner diesem Erfüllungsversprechen, weil es ohne rechtlichen Grund erteilt war, nach § 812 eine Einrede entgegenstellen kann, so steht es doch dem ersten Zessionar entgegen, solange seine Unverbindlichkeit nicht rechtskräftig zwischen dem Schuldner und dem zweiten Zessionar feststeht.

V. Für öffentliche Kassen gilt ein Sonderrecht bezüglich des Diensteinkommens, welches sie einem öffentlich Angestellten schulden.

Tritt nämlich eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Teil seines Diensteinkommens, Wartegelds oder Ruhegehalts ab, so gilt die Abtretung nach § 411 als der Kasse nicht bekannt, bis sie mittels Aushändigung einer öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde davon benachrichtigt ist.

§ 141. Gebrechlichkeit des Rechts des Zessionars. Anerkennung.

I. Ob der Zessionar etwas durch die Abtretung erlangt, und was er durch sie erlangt, ist mehr oder minder problematisch.

War die Forderung, welche den Gegenstand der Abtretung bildete, nicht rechtsgültig oder bereits abgetreten oder getilgt, so erwirbt der Zessionar keinen Anspruch gegen den Zessus *trotz etwaigen guten Glaubens zur Zeit der Abtretung*.[1]

Hiervon trifft § 405[2] nach den Vorschlägen der zweiten Kommission eine Ausnahme.

Ist nämlich eine *Schuld beurkundet* und unter Vorlegung der Urkunde abgetreten, so kann dem Zessionar nicht entgegengestellt werden, daß die Schuld *nur zum Schein* eingegangen sei; es sei denn, daß der Zessionar bei der Abtretung deren Scheinnatur kannte oder kennen mußte.[3] Gleiches gilt für die zum Schein erteilte Anerkennung einer Schuld.

Es liegt hierin eine Sondervorschrift, welche nicht ausgedehnt werden kann.[4] War also z. B. *in Erwartung der Auszahlung der*

---

1) [Insbesondere wirkt die dem Zedenten gegenüber mit Recht erfolgte Anfechtung der Forderung auch dem Zessionar gegenüber, und zwar ohne Rücksicht auf seine Gutgläubigkeit und ohne Unterschied, ob die Anfechtung vor oder nach der Abtretung erklärt ist. R.G. v. 1. Mai 1906 Jur.Woch. 1906 S. 380. — Die sachenrechtlichen Grundsätze über den Erwerb von Nichtberechtigten sind hier nicht am Platze, weil der Besitz fehlt, §§ 1006, 932.]

2) Kom.Prot. Bd. 1 S. 388, Bd. 6 S. 367.

3) Der Schutz des § 405 kommt nicht nur dem ersten Zessionar, sondern auch jedem folgenden Erwerber der Fordeung zu, so daß bei jedem folgenden Zessionar die Voraussetzungen des § 405 zu prüfen sind. O.L.G. Frankfurt Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 8 S. 444. Gleicher Ansicht Staudinger zu § 405, Crome System Bd. 2 S. 339. — Anderer Ans. Planck und Prot. Bd. 1 S. 332 zu §§ 301, 302.

4) Der Zessionar kann sich daher nicht darauf verlassen, daß ein ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft den Vertragswillen vollständig enthält, daß nicht noch andere Abreden zwischen den Parteien getroffen sind, und noch weniger kann die Ausstellung der Urkunde die Annahme rechtfertigen, daß keine

Darlehnsvaluta im voraus ein Darlehnsschuldschein ausgestellt, und tritt dessen Empfänger seine angebliche Darlehnsforderung gleichwohl ab, so greift § 405 nicht ein, denn ein Scheingeschäft war in diesem Falle nicht beabsichtigt.[5]

II. Vom Falle des § 405 abgesehen, kann der Schuldner dem Zessionar alle Einwendungen entgegensetzen, welche zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, § 404; nicht minder diejenigen, welche er gegen diesen erwarb, ehe er Kenntnis von der Abtretung erhielt, § 407.[6]

a) Unter Einwendungen sind Einreden im zivilrechtlichen wie im prozessualischen Sinne zu verstehen.

b) Nicht bloß diejenigen Einwendungen wirken gegen den Zessionar, welche dem Zedenten bereits zur Zeit der Abtretung entgegenstanden, sondern auch diejenigen, welche sich infolge der damaligen Beschaffenheit des Schuldverhältnisses später entwickelt haben. Daher kann dem Zessionar unter anderem entgegengestellt werden, daß eine auflösende Bedingung, welche der Forderung zur Zeit der Abtretung anhaftete, nach dieser eintrat. Ferner stehen bei Abtretung einer Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage dem Zessionar alle Einwendungen entgegen, welche dem Schuldner daraus erwachsen, daß die ihm gebührende Gegenleistung nach der Abtretung unmöglich wird, oder daß der Zedent mit ihr in Verzug kommt,[7] §§ 323—327.

c) Einwendungen, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben, treffen selbstverständlich den Zessionar nicht, z. B. wenn der bisherige Gläubiger versprochen hat, die Forderung, so lange er sie nicht weitergibt, nicht zu kündigen und sich mit dem Zinsgenusse zu begnügen.

III. Besonders gefährlich für den Zessionar ist, daß der Schuldner auf die abgetretene Forderung Gegenforderungen aufrechnen darf, welche ihm gegen den Zedenten zustanden.

Nach B.G.B. § 406 ist die Aufrechnung zulässig:

Änderung des beurkundeten Rechtsverhältnisses vereinbart wurde, keine Tilgung der vereinbarten Schuld erfolgt, ohne auf der Urkunde ersichtlich gemacht zu werden. So die Kommission.

5) Vgl. R.G. v. 12. Januar 1905 Entsch. Bd. 60 S. 21.

6) [S. hierüber namentlich Kohler Lehrb. II S. 169 ff.]

7) Planck Anm. 1 zu § 404.

a) mit solchen Forderungen, welche dem Schuldner zur Zeit der Abtretung gegenüber dem Zedenten zustanden und ihm das Recht zur Aufrechnung gegeben hätten, wenn die Abtretung nicht stattgefunden hätte.

Dies gilt nicht bloß für Forderungen des Schuldners, welche zur Zeit der Abtretung fällig waren, sondern auch für diejenigen, die zwar damals noch nicht fällig waren, die aber auch nicht später als die abgetretenen Forderungen fällig wurden.

b) Die Aufrechnung ist ferner zulässig mit Forderungen, welche der Schuldner gegen den Zedenten erst nach der Abtretung der Forderung erlangte, aber ehe er Kenntnis von der Abtretung hatte. Dies ist die Grundbedingung dieser Aufrechnung. Der Schuldner kann nie mit Forderungen, welche er gegen den Zedenten nach Kenntnis der Abtretung erwarb, dem Zessionar gegenüber aufrechnen. Aber auch wenn er die Forderung gegen den Zedenten bereits erwarb, ehe er von der Abtretung Kenntnis hatte, kann er dem Zessionar gegenüber dann nicht aufrechnen, wenn die Forderung gegen den Zedenten später fällig wird, als diejenige des Zessionars.

Der Schuldner hat dem Zessionar gegenüber den Erwerb von Gegenforderungen gegen den Zedenten zu beweisen. Dem Zessionar dagegen liegt ob, darzutun, daß der Schuldner beim Erwerbe der Gegenforderung bereits Kenntnis von der Abtretung hatte, oder daß die Gegenforderung später fällig wird als die abgetretene Forderung. Die Fassung des § 406 ist durch die Rücksicht auf diese Verteilung der Beweislast bedingt.

IV. Der Schuldner ist befugt, die etwaige Richtigkeit der Abtretung dem Zessionar gegenüber geltend zu machen, da er damit dessen Legitimation als Gläubiger bekämpft.

Ist die Abtretungserklärung wegen Irrtums, Betrugs oder Zwanges anfechtbar, so kann der Schuldner hieraus zunächst keine Rechte herleiten. Wenn aber der Zedent dem Zessionar gegenüber die Anfechtung erklärt hat und damit den Abtretungsvertrag vernichtet, ist es nicht anders, als wenn dieser von vornherein nichtig gewesen wäre.[8]

V. Der Schuldner kann selbstverständlich aus der Person des Zessionars Einwendungen erwerben.

Er kann Gegenforderungen, welche er ihm gegenüber hat, aufrechnen.

---

8) Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 30 [14a]; derselbe, Rechtskraft S. 119 [20] gibt dem Schuldner wegen der Anfechtbarkeit eine aufschiebende Einrede.

Geht die Forderung mittels aufeinanderfolgender Abtretungen durch mehrere Hände, so kann der Schuldner dem letzten Zessionar gegenüber alle Einwendungen entgegenstellen, welche ihm gegen die Zwischenzessionare erwachsen sind, und die Gegenforderungen aufrechnen, welche er gegen sie hatte,[9] vgl. § 406.

VI. Aus alledem ergibt sich, wie zahlreich die Einwendungen sind, welche dem Recht eines Zessionars entgegentreten können.

Ein gesichertes Recht kann sich der Zessionar durch ein Schuldanerkenntnis verschaffen, so daß der Schuldner ihm gegenüber das Bestehen des Schuldverhältnisses anerkennt,[10] § 781. Es muß, abgesehen vom Falle des Vergleichs — § 782 — schriftlich erteilt sein, Annahme durch den Zessionar ist notwendig, kann aber formlos geschehen.

Die Anerkennung muß das Bestehen des Schuldverhältnisses betreffen. Nicht genügend ist die Anerkennung der Abtretung als solcher, daher genügt in der Regel die Erklärung „angenommen" noch nicht, da hiermit die Absicht ausgedrückt sein kann, die Abtretung als solche nicht zu bestreiten.[11] In der bloßen Bitte des Schuldners an den ihm bekannt gewordenen Zessionar um Gewährung von Zahlungsfristen ist vollends die Anerkennung des Bestehens des Schuldverhältnisse nicht zu finden.[12]

Hat der Zessus in dem Glauben des Bestehens einer Schuld die Anerkennung des Schuldverhältnisses geleistet, so kann ihm ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 2 dem Zessionar gegenüber nicht zugestanden werden. Dies widerspräche den Zwecken dieser Art von Anerkennung. Wohl aber ist er befugt, gegenüber dem Zedenten einen Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung geltend zu machen.

§ 142. Die Anzeige der Abtretung durch den Zedenten und ihre Kraft.

I. Eigenartige Folgen hat die Anzeige einer Abtretung durch den Gläubiger an den Schuldner nach B.G.B.

---

9) Anders für das preußische Recht R.G. Bd. 4 S. 330. Gegenüber dem § 406 wird diese Entscheidung für das Recht des B.G.B. nicht festzuhalten sein.

10) Damit ist die Berufung auf Einwendungen und auf Gegenforderungen aus der Person des bisherigen Gläubigers abgeschnitten, vgl. A.L.R. I, 11 § 412.

11) R.G. bei Gruchot Bd. 39 S. 658.

12) O.Trib. Bd. 11 S. 251.

Sie hat nicht die Bedeutung der gemeinrechtlichen Denunziation, denn diese war grundsätzlich eine Handlung des Zessionars, wenn sie auch für ihn vom Zedenten vorgenommen werden konnte; sie sollte den Zessionar dagegen schützen, daß noch dem Zedenten geleistet wurde.

II. Anders bei der Anzeige des B.G.B. § 409.[1]

1. Die Anzeige bildet ein selbständiges, einseitiges, sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft seitens des bisherigen Gläubigers an den Schuldner.[2] Sie kann mündlich und formlos erfolgen.[3]

Der Anzeige steht gleich die vom Zessionar bewirkte Vorlegung[4] einer vom Gläubiger ausgestellten Abtretungsurkunde, in welcher der neue Gläubiger bezeichnet ist.

2. Der Gläubiger muß die dem Schuldner angezeigte Abtretung schlechthin gegen sich gelten lassen, auch wenn die Abtretung nicht zustande kam, auch wenn der Abtretungsvertrag ungültig war.[5] Die Anzeige ist zugunsten des Schuldners folgerecht auch maßgebend, falls ihr Inhalt von dem Abtretungsvertrag abweicht, z. B. wenn die Zession bedingt geschah, die Anzeige aber die Bedingung nicht erwähnt, oder wenn die Abtretung auf einen geringeren Betrag ging, die Anzeige auf einen höheren.

3. Diese Wirkung hat die Anzeige selbst dann, wenn der Schuldner deren Unrichtigkeit kannte; auch dann, wenn sie der Anzeigende nicht gekannt hat.[6]

4. Die unrichtige Anzeige macht gleichwohl den Angezeigten nicht zum Gläubiger.

Der Schuldner ist daher berechtigt, die Legitimation des Angezeigten

---

1) E. I § 306; Mot. Bd. 2 S. 135; Prot. Bd. 1 S. 392, 398 ff.; Kohler Lehrb. II S. 169 ff.

2) Vgl. § 171 über die Mitteilung einer Vollmacht.

3) Über die Ausnahme in § 411 vgl. oben § 139 V.

4) [„Vorlegen" bedeutet nach R.G. Bd. 56 S. 66 die Handlung, wodurch der Gegenstand der sinnlichen Wahrnehmung des anderen unmittelbar zugänglich gemacht wird. Die bloße Erwähnung einer Urkunde ist keine Vorlegung.]

5) Muß der Gläubiger, der die angebliche Zession dem Schuldner angezeigt hat, die Anzeige auch demjenigen gegenüber gelten lassen, der die Forderung des angeblichen Zessionars hat pfänden lassen? Nein, da § 409 nur dem Schutze des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bestimmt ist.

6) Die Motive fügen jedoch hinzu: „unbeschadet der Verantwortlichkeit des Schuldners wegen Beteiligung an einer unerlaubten Handlung nach allgemeinen Grundsätzen". Die Motive erklären weiter: „Diese Regelung der Anzeige entspricht augenscheinlich dem Zwecke einer solchen und dem praktischen Bedürfnisse, wie sie andererseits mit allgemeinen Grundsätzen im Einklange bleibt." Darüber läßt sich streiten.

trotz der Anzeige zu bestreiten. Die Anzeige wirkt zugunsten des Schuldners, sie wirkt nicht gegen ihn.[7]

Dies gibt ihm eine Rechtslage, die er mißbrauchen kann. Böswillige Schuldner können „marchandieren" und demjenigen leisten, sei es dem Angezeigten oder dem wahren Gläubiger, welcher sich dies etwas kosten läßt. Immerhin kann dem wahren Gläubiger in schreienden Fällen § 826 Schutz geben, wenn der Schuldner ihm gegen die guten Sitten durch seine Abmachungen mit dem Angezeigten wissentlich und vorsätzlich Schaden zufügt.

5. Die Anzeige ist wirkungslos, wenn sie selbst ein nichtiges Rechtsgeschäft bildet, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Anzeigenden. Sie wird wirkungslos, wenn sie z. B. wegen Irrtums, Betrugs, Zwanges anfechtbar ist und vom Anzeigenden angefochten wird. Hat der Schuldner auf Grund solcher Anzeige gezahlt, ohne daß die Forderung dem Anzeigenden in der Tat abgetreten war, so ist er seinem wahren Gläubiger gegenüber nicht befreit. Fällt dem Gläubiger aber bei seiner ungültigen Anzeige ein Verschulden zur Last, so ist er nach § 823 schadensersatzpflichtig.

6. Die Zurücknahme der Anzeige seitens des Anzeigenden ist nur unter Zustimmung des Angezeigten wirksam, § 409 Abs. 2.[8] Es ist anzunehmen, daß ihn der Anzeigende auf Erteilung dieser Zustimmung verklagen kann, obgleich das Gesetz dies nicht besonders vorschreibt. Man kann sich hierfür auf die Analogie des § 894 berufen. Die Verurteilung zur Zustimmung ersetzt die Zustimmung.[9]

Die Zurücknahme hat Kraft von dem Zeitpunkt an, mit welchem sie dem Schuldner wirksam mitgeteilt ist; hat der Schuldner vorher dem Bezeichneten erfüllt oder ist ein Rechtsgeschäft mit ihm vorgenommen, so bleibt dies trotz der Zurücknahme der Anzeige in Kraft.

---

7) Vgl. O.L.G. Posen Jur.Monatsschr. f. Posen 1905 S. 147; R.G. Bd. 53 S. 416 wie Recht 1904 S. 361; Kam.Ger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 4 S. 212. Nach § 410 Abs. 1 Satz 2 kann der Schuldner trotz der mündlichen Anzeige Kündigung und Mahnung des Zessionars zurückweisen, ohne in Verzug zu geraten.

8) Dies ist ein Zusatz der zweiten Kommission, Prot. Bd. 1 S. 396.

9) Der Gläubiger kann sich vorher durch einstweilige gerichtliche Verfügung schützen, wenn es ihm gelingt, solche zu erlangen. Kom.Prot. a. a. O. — [Anderer Ansicht Planck Anm. 4 zu § 409, der einen Anspruch auf Einwilligung zur Zurücknahme nur nach den Grundsätzen und unter den Voraussetzungen der Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zulassen will.]

7. Nur die Anzeige des Gläubigers hat die besondere Wirkung des § 409.[10]

Hieraus ergibt sich, daß § 409 nicht eingreift, wenn der Gläubiger seine Forderungen zunächst dem A. abgetreten hat und darauf den B. dem Schuldner fälschlich als Zessionar anzeigte,[11] denn zur Zeit dieser Anzeige war er nicht mehr der Gläubiger, Gläubiger war bereits der A.[12]

Dagegen schützt den Schuldner seine Unkenntnis der Abtretung an den A., wenn er dem B. als seinem vermeintlichen Gläubiger nach der Anzeige geleistet hat; denn A. muß nach § 407 Rechtsgeschäfte, welche sein Zedent nach der Abtretung gegenüber dem Schuldner vornahm, und daher jene Anzeige des B. gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner die Abtretung bei Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht kannte.

8. Gegen Fälschungen, sei es der Zessionsurkunde, sei es der Zessionsanzeige, ist der Schuldner auch nach B.G.B. nicht geschützt.[13]

§ 143. Hilfsrechte des Zessionars.

I. Der Zedent hat dem Zessionar nach gesetzlicher Vorschrift Hilfe zu leisten, um die Forderung beizutreiben, § 402.[1] Auf den Grund der Abtretung kommt es hierbei nicht an.[2]

1. Er ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen, § 402 1. Satzteil.

Es ist anzunehmen, daß diese Verpflichtung auch zugunsten der etwaigen Sondernachfolger des Zessionars begründet ist, weil sie nicht auf dem Vertrage beruht, vielmehr dem Rechtsnachfolger als solchem nach dem Gesetze zukommt.[3]

---

10) Zeigt der Zessionar dem Schuldner die Abtretung an, so ist der Schuldner, wenn er nach Lage des Falles keine berechtigte Veranlassung hatte, an der Glaubwürdigkeit der Mitteilung zu zweifeln, nicht mehr berechtigt, an den früheren Gläubiger zu leisten. O.L.G. Dresden in Sächs. Annalen Bd. 24 S. 430.

11) Dies heben die Motive a. a. O. besonders hervor.

12) [Aber die Anzeige wird regelmäßig nach der Abtretung erfolgen. Soll sie dann immer unwirksam sein? § 409 wendet das Perfektum an.]

13) Vgl. R.O.H.G. Bd. 2 S. 306.

1) E. I § 301; Mot. Bd. 2 S. 128.

2) Die Mot. a. a. O. heben hervor, daß die Verpflichtung an die Tatsache der Übertragung, nicht an die zugrunde liegende obligatorische causa geknüpft, also in allen Fällen der Übertragung begründet sei.

3) [Anderer Ansicht Planck Anm. 1 f zu § 402. — Die Verpflichtung aus § 402 bezieht sich auch auf diejenigen Mittel zur Geltendmachung der abgetretenen Forderung, in deren Besitz der Zedent erst nach der Abtretung der Forderung gelangt. Infolgedessen ist der Zedent einer hypothekarischen

2. Der Zedent hat ferner die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, seinem Rechtsnachfolger auszuliefern, § 402 2. Satzteil.

Dies kann aber nur für solche Urkunden gelten, an welchen der Zedent nach der Abtretung der Forderung kein Interesse mehr hat.[4] Daher bezieht es sich nicht auf den Fall einer bloßen Teilabtretung. Auch Erbbescheinigungen und ähnliche Urkunden, welche für den Zedenten Interesse haben können, hat er seinem Rechtsnachfolger nicht auszuliefern.

In derartigen Fällen kann der Zessionar nur beglaubigte Abschriften verlangen, und zwar auf seine Kosten. Es ist also § 402 einschränkend zu interpretieren.[5]

3. Der Zedent hat endlich dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen, § 403.

Auch diesen Anspruch wird der entferntere Rechtsnachfolger ohne besondere Abtretung seitens des unmittelbaren Zessionars geltend machen können.

II. Nach § 952 steht dem Gläubiger das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein unmittelbar zu. Er ist daher befugt, ihn vom Zedenten zu vindizieren. Dies Recht steht zweifelsohne auch einem Sondernachfolger des Zessionars gegen den Zedenten ohne weiteres zu.

Der Zedent hat das Recht zur Zurückhaltung des Schuldscheins, wenn er an der Zurückbehaltung ein rechtliches Interesse hat, denn es ist nicht anzunehmen, daß § 952 dem bisherigen Eigentümer des Schuldscheins materielle Rechtsverletzungen zufügen wollte.

Wird die Forderung, auf welche sich der Schuldschein bezieht, nur teilweise abgetreten, so tritt Eigentumsübergang nicht ein; § 952 enthält eine Sondervorschrift für den Fall *eines* Gläubigers, aus welcher man füglich ein Miteigentum am Schuldscheine beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger nicht folgern kann.

Forderung verpflichtet, dem Zessionar die ihm nach der Abtretung zugehende amtliche Benachrichtigung von der bevorstehenden Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks mitzuteilen, und ist ihm im Falle der Unterlassung schadensersatzpflichtig. O.L.G. Dresden und R.G. v. 21. Januar 1905 Annalen des Sächs. O.L.G. Dresden Bd. 26 S. 265.]

4) Vgl. § 444 Satz 2 B.G.B.

5) Vgl. dazu ausführlich: Planck Anm. 1 e zu § 402 und dort Angef.

§ 144. Übergang der Forderung von Rechts wegen sowie infolge gerichtlicher Überweisung.[1]

I. In zahlreichen Fällen geht eine Forderung von Rechts wegen auf einen neuen Gläubiger über.

Die ältere gemeinrechtliche Lehre nannte dies „fingierte" oder „notwendige" Zession. Damit sollte ausgedrückt werden, daß die Rechtsfolgen einer freiwilligen Abtretung auch in den Fällen des gesetzlichen Übergangs eintreten. Neuerdings wurde die Vorstellung einer fingierten Zession im gemeinen Rechte bekämpft.[2] Sie ist daher in das B.G.B. nicht aufgenommen. Aber auch das B.G.B. läßt die wichtigsten Rechtsfolgen freiwilliger Abtretung bei der Übertragung der Forderung kraft Gesetzes eintreten. Nach § 412 soll dies für die §§ 399—404 sowie §§ 406—410 gelten; ausgeschlossen ist die entsprechende Anwendung für die §§ 398, 405 und 411.

II. Häufig lehrte man gemeinrechtlich, daß der Übergang der Forderung stets dann von Rechts wegen eintrete, wenn die Zession rechtlich erzwingbar sei.[3] Dies war nicht gerechtfertigt und wurde neuerdings allgemein zurückgewiesen.[4]

Nach B.G.B. ist zweifelsohne die gesetzliche Verpflichtung zur Abtretung einer Forderung von ihrem gesetzlichen Übergange zu scheiden,[5] vgl. § 1251 Abs. 2 am Schlusse.

Der bloß zur Abtretung Verpflichtete bleibt der Gläubiger, er ist berechtigt, mit voller Rechtswirksamkeit über die Forderung zu verfügen und sie dem Schuldner gegenüber geltend zu machen. Dieser kann keinen Einwand daraus entnehmen, daß der Kläger zur Abtretung der Forderung an einen Dritten gesetzlich verbunden ist.

Wer einen Anspruch auf Abtretung der Forderung hat, muß also auf deren Vornahme gegen den Verpflichteten, der sich hierzu nicht freiwillig herbeiläßt, klagen. Die Abtretung gilt als vollzogen, wenn die Verurteilung Rechtskraft erlangt hat, Z.P.O. § 894. Bis zu diesem Zeitpunkte kann, je nach Umständen, einstweilige gerichtliche Verfügung Schutz gewähren.

---

1) Stammler, Schuldverhältnisse S. 200.
2) Regelsberger im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 63 S. 158; vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 49 Anm. 7.
3) So Puchta, Pand. § 281, und Savigny, O.R. Bd. 1 S. 243.
4) Vgl. u. a. Windscheid § 330 n. 3; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 49 Anm. 6; R.G. Bd. 1 S. 314.
5) Vgl. z. B. §§ 255, 281 Abs. 1, 323 Abs. 2, 325, 346.

III. Der unmittelbare Übergang einer Forderung kraft Gesetzes tritt namentlich ein:[6]

a) infolge des ehelichen Güterrechts bei der allgemeinen Gütergemeinschaft und bei der Errungenschaftsgemeinschaft, § 1438 Abs. 2, § 1519 Abs. 2;

b) in Fällen, in welchen ein Dritter den Gläubiger befriedigt, namentlich als Gesamtschuldner, § 426, als Bürge, § 774, als Eigentümer einer für eine fremde Schuld haftenden Pfandsache, §§ 1143, 1173, 1225, dann auch, wenn man Gefahr läuft, durch Zwangsvollstreckung Rechte oder Besitz an dem Gegenstande des Rechts zu verlieren und sie durch Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers abwendet, §§ 268, 1150, 1249.[7] Auch die Gewährung des Unterhalts an Stelle des zur Gewährung gesetzlich Verpflichteten gehört hierher, §§ 1607, 1709.

c) Im Falle der Fortsetzung eines unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäfts unter der bisherigen Firma mit Bewilligung des bisherigen Inhabers gelten die in dem Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, H.G.B. § 25 Abs. 1.[8]

d) Mit der Genehmigung der Stiftung gehen Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, auf die Stiftung über, es sei denn, daß anderes im Stiftungsgeschäfte gewollt ist, § 82.

IV. Der gesetzliche Übergang der Forderung im Falle der Befriedigung des bisherigen Gläubigers hat bloß den Zweck, demjenigen, welcher die Befriedigung leistet, einen Ersatzanspruch zu verschaffen, oder wenn ein solcher ohnehin besteht, ihn günstiger zu gestalten, indem Sicherheiten, Vorrechte, Hilfsrechte, welche der abgezahlten Forderung zugute kamen, auf ihn übergehen.

Es ergibt sich hieraus, daß ein Übergang der Forderung bloß stattfindet, soweit ein Ersatzanspruch des Zahlenden materiell begründet ist. Eine Anwendung macht § 774 Abs. 1 am Ende bezüglich des gesetzlichen

---

6) Stammler a. a. O. zieht im ganzen 9 Fälle gesetzlichen Übergangs in Betracht.

7) [Zu letzterer Bestimmung s. R.G. 67, 214.]

8) Düringer und Hachenburg, H.G.B. Bd. 1 S. 117 verstehen dies als einen Fall des gesetzlichen Übergangs der Forderung schlechthin. Anders Staub zu H.G.B. § 25 Anm. 15. In der Tat gilt die Forderung, wenn sie vereinbarterweise nicht übergehen sollte, im Verhältnis zwischen dem Veräußerer des Geschäfts und dessen Erwerber noch als dem ersteren gehörig, ihre „Aussonderung" kann also zu seinen Gunsten, wenn der Erwerber in Konkurs gerät, verlangt werden.

Übergangs der Forderung des Gläubigers auf den erfüllenden Bürgen durch die Vorschrift, daß Einwendungen des Hauptschuldners aus dem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis auch der abgetretenen Forderung entgegenstehen. Dies gilt für alle gleichgearteten Fälle, wenn auch die entsprechende Anwendung nur für § 1143 und 1225 besonders vorgeschrieben ist.

V. Aus den Zwecken des gesetzlichen Übergangs der Forderung ergibt sich auch die Vorschrift des B.G.B., daß der Übergang „nicht zum Nachteil des bisherigen Gläubigers" sein darf.[9]

Hieraus lassen sich folgende Sätze ableiten:

a) Der Gläubiger hat weder für das Bestehen der Forderung noch für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu haften.

b) Wenn der Gläubiger an der Zurückhaltung der zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden ein Interesse hat, so ist er dazu befugt. Auch zur Verweigerung der Auskunft ist er berechtigt, wenn die Erteilung ihm Nachteil droht, z. B. durch Preisgebung von Geschäftsgeheimnissen.

c) Erfüllt der Dritte nur einen Teil der Schuld, so geht die Forderung auf ihn zwar zu diesem Teil über, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen des Übergangs vorliegen, aber die Restforderung des Gläubigers hat den Vorzug vor dem auf den Befriedigenden übergegangenen Teile der Forderung.

VI. Ist eine Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet, so kann der Vollstreckungsgläubiger gerichtliche Überweisung der Forderung an Zahlungsstatt zum Nennwerte verlangen, Z.P.O. § 835 Abs. 1. Dadurch geht diese Forderung auf ihn über, § 835 Abs. 2.

Der Übergang durch gerichtliche Überweisung ist zwar dem Übergange durch freiwillige Abtretung gleichfalls verwandt. Aber eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der letzteren auf diesen Fall ist nicht vorgeschrieben. Auch finden sich nicht unerhebliche Verschiedenheiten. Hauptsätze sind:

1. Der Übergang vollzieht sich infolge Überweisungsbeschlusses und zwar in dem Zeitpunkt, in welchem dieser dem Drittschuldner zugestellt wird, Z.P.O. § 835 Abs. 3, § 836 Abs. 1.

2. Der Überweisungsbeschluß gilt, auch wenn er zu Unrecht ergangen ist, im Verhältnis zum Drittschuldner als rechtsbeständig, bis er

9) Stammler a. a. O. S. 205.

aufgehoben und die Aufhebung dem Drittschuldner angezeigt ist, Z.P.O. § 836 Abs. 2.

3. Dem Drittschuldner stehen gegenüber dem Pfändungsgläubiger alle Einwendungen offen, die ihm gegen seinen bisherigen Gläubiger erwachsen waren, ehe ihm der Überweisungsbeschluß zugestellt war, vgl. § 404.

4. Der Pfändungsgläubiger kann von seinem Schuldner die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft verlangen, nicht minder die Herausgabe der Schuldurkunden. Beides kann durch Zwangsvollstreckung erzwungen werden, Z.P.O. §§ 836 Abs. 3, 888.

Zweites Kapitel.

Die allgemeinen Lehren des Indossaments.

§ 145. Indossament. Voraussetzungen.

I. Im Kreise der Kaufleute hat sich unter Anlehnung an das ältere Inhaberpapier[1] das „indossable" oder „Orderpapier" ausgebildet, zunächst im Wechsel, dann aber auch in anderen kaufmännischen Handelsbillets und Assignationen.[2] Nach dem jetzigem Recht ist die Ausstellung von Orderpapieren nicht mehr auf Kaufleute beschränkt, wenn auch diesem Stande vorzugsweise geläufig.

II. Indossabel ist der Wechsel, W.O. Art. 9, ferner die Aktie auf Namen,[3] H.G.B. § 222 Abs. 3, sowie die Interimsscheine, § 224, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien erteilt werden, § 179 [der auf einen bestimmten Zahlungsempfänger gestellte Scheck, § 8 des Scheckgesetzes]. Es können auch auf Order gestellt werden schriftliche Anweisungen, die auf einen Kaufmann über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen ausgestellt sind, sowie Verpflichtungsscheine, die ein Kaufmann über derartige Sachen ausstellt, jedoch nur, wenn die Anweisung oder der Verpflichtungsschein die Leistung nicht von einer Gegenleistung abhängig

1) Brunner, Wertpapiere in Endemanns Handbuch Bd. 2 S. 186. Vgl. auch Skonietzki bei Gruchot Bd. 29 S. 79. Über Indossament jetzt Gierke: Deutsches Privatrecht Bd. 2 (1905) S. 147 ff. Kurze Behandlung bei Gareis in der 8. Auflage seines Deutschen Handelsrechts 1909.

2) Vgl. A.L.R. II, 8 §§ 805, 1299; vgl. A.L.R. I, 11 §§ 736, 737.

3) Es gehört hierher auch der Reichsbankanteilschein, Statut der Reichsbank vom 21. Mai 1875 § 5. Die Wirkung des Indossaments bei Reichsbankanteilscheinen ist jedoch von der sonstigen Wirkung eines Indossaments verschieden, R.G. Bd. 22 S. 185. — Über die Wirkung der Orderklausel überhaupt Hellwig, Verträge a. Leistg. an Dritte § 37, derselbe, Rechtskraft § 41.

macht, H.G.B. § 363 Abs. 1; ferner können Konnossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten,[4] sowie Bodmereibriefe und Transportversicherungspolicen an Order gestellt werden, H.G.B. § 363 Abs. 5.[5]

III. Hervorzuheben ist:

1. Die Eigenschaft der Indossabilität gewinnt das Papier durch den Willen des Ausstellers. Dieser Wille ist unterstellt bei wechselmäßigen Ansprüchen, bei Namensaktien, bei Interimsscheinen [und den auf einen bestimmten Zahlungsempfänger gestellten Schecks]. Solche Papiere entbehren daher der Indossabilität nur dann, wenn sie in formgerechter Weise ausgeschlossen ist, sei es durch den Vermerk „nicht an Order", sei es durch andere gleichbedeutende Ausdrücke,[6] W.O. Art. 9, Art. 96, Art. 98, H.G.B. § 180 Abs. 4. Bei Urkunden anderer Art muß der Aussteller die Indossabilität besonders feststellen durch die Worte „an dessen Order" oder durch dem Verkehr gleichgeltende Ausdrücke, z. B. „auf Verfügung", oder „an den Inhaber", oder „an den getreuen Inhaber".

2. Ein auf Order gestelltes Papier kann regelmäßig durch jeden Berechtigten indossiert werden, also nicht bloß durch den ursprünglichen Gläubiger, sondern auch durch Indossatare wie auch durch die Erben und etwaige Zessionare dieser Personen, vorausgesetzt, daß die Zession auf dem Papiere beurkundet ist.

3. Das indossable Papier kann nicht bloß indossiert, sondern auch zediert werden.

4. Die Indossierung geschieht, entsprechend W.O. Art. 11 und 12, durch einen schriftlichen Vermerk auf dem Papier oder auf einem angeklebten Blatte, der sog. Allonge. Das Indossament befindet sich seiner Benennung entsprechend meist auf der Rückseite der Urkunde, es ist dies aber keineswegs notwendig. Die Indossierung kann erfolgen durch eine Erklärung, in welcher der Name des Indossatars angegeben und die

---

4) Vgl. Wimpfheimer, Der Lagerschein nach deutschem Recht 1903 S. 39: Die Orderqualität des Lagerscheins.

5) Andere Forderungen, z. B. auf Übereignung eines Hauses gegen Zahlung einer gewissen Summe, können nicht gültigerweise an Order gestellt werden.

6) Die Indossabilität des Papiers wird nicht aufgehoben, wenn ein Indossant eines Wechsels sie ausschließt; es hat dies nur Bedeutung für den Regreßanspruch seiner Nachmänner gegen ihn. Bei den Papieren, bei welchen der Indossant seinen Nachmännern nicht durch Indossament regreßpflichtig wird, hat die Ausschließung durch einen Indossanten folgerecht keine Bedeutung; vgl. Staub Anm. 6 zu § 363.

Unterschrift des Indossanten hinzugefügt ist. Es genügt aber auch statt jeder anderen Erklärung die bloße Unterschrift des Indossanten auf dem Rücken des Papiers oder auf der Allonge, das sog. Blankoindossament. — Das Indossament fordert zu seiner Gültigkeit nicht Ortsbezeichnung oder Datierung, W.O. Art. 47.

5. Das Indossament kann sein entweder Vollindossament oder Prokuraindossament. Ein Prokuraindossament im technischen Sinne liegt nur vor, wenn dem Indossament in der Urkunde ausdrücklich ein die Bevollmächtigung andeutender Zusatz hinzugefügt ist, W.O. Art. 17. Der Prokuraindossatar im technischen Sinne hat kein selbständiges Recht, sondern nur eine Vollmacht zur Einziehung, Wahrung —, insbesondere durch Protesterhebung, Notifikation — sowie Einklagung der Forderung in fremdem Namen.[7] Der Prokuraindossatar muß sich daher alle dem Schuldner gegen den Indossanten zustehenden Einreden gefallen lassen, der Schuldner kann dagegen keine materiellen Einreden aus der Person des Indossatars geltend machen. Verschieden von diesem technischen, sog. formellen Prokuraindossament, ist der häufige Fall, daß jemand, welcher materiell nur Bevollmächtigter sein soll, ein Vollindossament zur Geltendmachung der Forderung erhält. Ein solcher Indossatar hat nach außen hin alle Rechte des Vollindossatars. Auf das materielle Verhältnis können sich die Schuldner nur berufen, sofern sie hierdurch die Einrede der Arglist zu begründen imstande sind,[8] worüber im Wechselrechte das Nähere.

§ 146. Rechtsstellung des Vollindossatars.

I. Der Zessionar leitet seine Ansprüche vom Zedenten her und empfängt sie so, wie sie sich bei diesem gestaltet haben. Ob aber das ursprüngliche Forderungsrecht noch zur Zeit der Zession besteht, welchen Umfang es angenommen hat, wird oft schwer festzustellen sein. Zudem wird häufig die Berechtigung des Zessionars, wenn die Forderung durch mehrere Hände lief oder durch Vollmachtsträger begeben wurde, zweifelhaft sein. Beim Vollindossament — wovon im folgenden die Rede ist — bestehen diese Schwierigkeiten nicht. Durch das Indossament gehen

---

7) Urteile, welche für oder gegen den Prokuraindossatar gefällt werden, machen Rechtskraft für oder gegen den Indossanten, denn dieser ist Prozeßpartei, der Prokuraindossatar nur Bevollmächtigter, R.O.H.G. Bd. 22 S. 174.

8) Vgl. R.O.H.G. Bd. 6 S. 55; R.G. Bd. 11 S. 5; Jur.Woch. 1896 S. 589 n. 19.

alle Rechte aus dem indossierten Papier auf den Indossatar über, H.G.B. § 364 Abs. 1. Der Schuldner selbst hat sich hier den künftigen Indossataren bei Begründung der Obligation in im voraus festgestellter Weise verpflichtet. Rechtliche Ereignisse der Zwischenzeit, welche nicht formgerecht in der indossierten Urkunde zum Ausdruck kamen, berühren also regelmäßig den Indossatar nicht.[1] [2]

---

1) Eine andere Konstruktion gibt Brunner, Wertpapiere a. a. O. S. 168 ff. Er erachtet den derzeitigen Inhaber als Rechtsnachfolger seiner sämtlichen Vormänner und erklärt die Ausschließung der ihm beim Erwerb nicht bekannten Einreden aus der Person der Vormänner durch den öffentlichen Glauben der Order- und Inhaberpapiere, welcher auf dem öffentlichen Nutzen beruhe. Dagegen Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 28 S. 71. — Eine Rechtsnachfolge (kraft „Rechtsverleihung") verteidigt Hellwig, Rechtskraft S. 289 ff., auch R.G. Bd. 47 S. 66 nimmt jetzt Rechtsnachfolge wenigstens für das Prozeßrecht an. S. folg. Anm.

2) Da der Zessionar seine Rechte von dem Zedenten herleitet und an Stelle dieses in das Rechtsverhältnis eintritt, spricht man vom Zedenten als dem „Rechtsvorgänger" gegenüber dem Zessionar als dem „Rechtsnachfolger". Diese Ausdrücke finden sich wiederholt in der Z.P.O. §§ 445, 385 Ziff. 4, 239 Abs. 2, 265 Abs. 2, 727 usw. Kann im Sinne dieser Vorschriften der Indossant als Rechtsvorgänger und der Indossatar als Rechtsnachfolger angesehen werden? Diese Frage hat das Reichsgericht — Entsch. Bd. 47 S. 66, ebenso am 18. Dezember 1901 Jur.Woch. 1902 S. 76 — in bezug auf § 445 Z.P.O. im Gegensatz zu einer festen früheren Praxis sowie im Widerspruch zur überwiegenden Literatur bejaht und es für zulässig erklärt, daß der Beklagte dem klagenden Indossatar einen Eid über Handlungen des Indossanten zuschieben könne. In der Begründung wird im wesentlichen hervorgehoben, daß § 445 Z.P.O. dem Schuldner einen Schutz in der Beweisführung gewähre, welchen man auch dem Schuldner eines indossierten Papiers, insbesondere eines Wechsels, zuteil werden lassen müsse. Warum solle der Schuldner eines Wechsels in Ansehung der Beweisführung schlechter gestellt sein, als der Schuldner einer sonstigen Forderung? Der schwach begründeten Ansicht des Reichsgerichts kann nicht beigestimmt werden. Wie nach dem materiellen Rechte der Schuldner eines Wechsels dem Indossatar gegenüber eine viel beschränktere Rechtsstellung, insbesondere in Ansehung der Einreden, hat als der debitor cessus dem Zessionar gegenüber, ist auch die prozessuale Lage des Wechselschuldners ungünstiger als die eines sonstigen Schuldners. Der Wechsel hat gerade den Zweck, dem Gläubiger eine durchaus gesicherte Stellung sowohl nach materiellem Recht wie im Prozeß zu gewähren, und die besonderen Formen des Wechselprozesses sind dazu geschaffen, in weitem Maße den Wechselgläubiger zu begünstigen. Wenn das R.G. ausführt, daß § 445 einen „Schutz gewähren soll gegen willkürliche Entziehung des Beweismittels der Eideszuschiebung", so ist dies im allgemeinen zutreffend, aber gerade der Nachweis ist nicht erbracht, daß dieser Schutz auch dem Schuldner eines Wechsels gewährt ist. Hierzu kommt, daß die Terminologie der Z.P.O. eine einheitliche ist. Ist in § 445 Z.P.O. der Begriff „Rechtsvorgänger" auf den Indossanten zu beziehen, so müßte gleiches für die übrigen Bestimmungen der Z.P.O. gelten. Eine solche Behauptung wird das Reichsgericht selbst nicht aufstellen wollen. Ein Einblick in die Z.P.O. lehrt, daß solche generelle Interpretation des Wortes „Rechtsvorgänger" und des sich hieraus ergebenden Begriffs Rechtsnachfolger unmöglich ist. Die Rechtsprechung hat sich der Ansicht des R.G. nicht angeschlossen. Vgl. O.L.G. Posen v. 7. August 1903 Bl. f. Rechtspfl. i. B. d. K.

II Es gelten folgende Sätze:

1. Für die Legitimation des Indossatars ist erforderlich, aber auch genügend, daß er Besitzer der Urkunde ist und durch eine zusammenhängende, auf ihn heruntergehende Reihe von Indossamenten als berechtigt bezeichnet wird.[3] Ob diese Indossamente an und für sich gehörig waren oder nicht, ob sie z. B. von einer handlungsunfähigen Person ausgingen, ja geradezu gefälscht waren, kommt dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht in Betracht.[4] Nur wer bösgläubig oder in grober Nachlässigkeit durch Indossament erwarb, unterliegt der Einrede des unberechtigten Indossaments. Der Indossatar muß seine Identität mit der letztlich in der Urkunde bezeichneten Person nachweisen.[5] Der Schuldner hat diese Identität bei der Zahlung zu prüfen.

2. Der Schuldner kann dem Indossatar nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit seiner Erklärung in der Urkunde betreffen oder sich aus dem Inhalt der Urkunde ergeben oder ihm unmittelbar gegen den Besitzer zustehen. So bestimmt H.G.B. § 364 Abs. 2; bezüglich des Wechsels gilt W.O. Art. 82.[6]

3. Eine andere Bedeutung hat das Indossament bei Namensaktien und Interimsscheinen. Es soll hier nur den Nachweis der Legitimation des Erwerbers erleichtern. Die Gesellschaft ist zur Prüfung der Echtheit der auf der Aktie oder dem Interimsschein befindlichen Indossamente oder Abtretungserklärungen nicht verpflichtet, H.G.B. §§ 223 und 224, wohl aber ist sie hierzu berechtigt. Vorsätzliches und bösliches Handeln macht sie haftbar.[7]

4. Ist die Urkunde vernichtet oder abhanden gekommen, so unterliegt sie der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens, H.G.B. § 365 Abs. 2.

1903 S. 118. — Über die Streitfrage s. R.O.H.G. Bd. 24 S. 3; R.G. v. 12. Mai 1900 Seuff.Arch. Bd. 55 n. 226; Comm. Gaupp-Stein, Petersen-Anger, Wilmowski-Lehy. — Über die Frage, ob der Schuldübernehmer Rechtsnachfolger im Sinne der §§ 325, 727, 729 Z.P.O. ist, vgl. Jacoby in D.Jur.Ztg. 1904 S. 211.

3) Die Geltendmachung des Anspruchs ist daher durch den Besitz der Urkunde oder deren Amortisation bedingt.

4) R.O.H.G. Bd. 2 S. 282.

5) Dies geschieht aber schon durch den Nachweis, daß der Kläger den im Papier angegebenen Namen führt. Wer gleichwohl die Identität der Person bestreitet, muß dies beweisen, R.O.H.G. Bd. 9 S. 25.

6) Weiteres ist beim Wechselrecht auszuführen, unten Bd. 2 Abt. 2.

7) Dieses Indossament steht also auf einer Linie mit den Legitimationspapieren, vgl. unten § 146 Ziff. III.

III. An die Hauptwirkung des Indossaments, die Übermittelung des Anspruchs, schließt sich beim Wechsel an, daß der Indossant durch das Indossament jedem späteren Erwerber des Wechsels für dessen Annahme und Zahlung wechselmäßig haftbar wird, W.O. Art. 14. Um deswillen hat man das Indossament als eine neue Tratte aufgefaßt. Diese Wirkung ist jedoch nur eine akzessorische. Der Indossant des Wechsels kann die Haftung ablehnen durch die seinem Indossamente zugefügte Bemerkung „ohne Gewährleistung" oder gleichbedeutende Ausdrücke.[8] [Dasselbe gilt für den Scheck, §§ 15—18 des Scheckgesetzes.] Der Indossant einer Urkunde, die nicht Wechsel oder Scheck ist, haftet nicht aus dem Indossament. Er steht seinem Nachmanne für Gewähr nur ein aus dem Rechtsgeschäft, welches dem Indossament zugrunde liegt. Während der Rückgriff beim Wechsel ein springender ist, so daß der Nachmann auch entferntere Vormänner in Anspruch nehmen kann, ist dies bei anderen indossabeln Papieren nicht der Fall. Vielmehr haftet nur der unmittelbare Vormann dem jedesmaligen Nachmanne nach Maßgabe des Vertrags über die Übertragung.

IV. Liegt in einem ungültigen Indossament eine Zession? Die Frage ist zu bejahen, trotzdem, daß Indossieren und Zedieren verschiedene Dinge sind.[9] Denn die Absicht beim Indossament ist auf die Übereignung des Rechts gerichtet, die Weise der Übertragung ist den Beteiligten von untergeordnetem Gewicht. Es ist daher anzunehmen, daß sie die Zession bei Kenntnis der Nichtigkeit des Indossaments gewollt hätten, B.G.B. § 140.

Drittes Kapitel.

Inhaberpapiere, Legitimationspapiere.

§ 147. Wesen des Inhaberpapiers.[1]

I. Die Eigenart des Inhaberpapiers besteht darin, daß das in ihm verbriefte Recht dem rechtmäßigen Besitzer des Papiers zusteht und mit dessen Besitz übergeht.

---

8) Umgekehrt kann Übernahme der Garantie ohne Übertragung nicht durch Indossament geschehen, R.O.H.G. Bd. 15 S. 168.

9) Gleiche Entscheidung A.L.R. II, 8 §§ 813, 826 ff., vgl. auch R.G. in Bolze Bd. 2 n. 827 und Bd. 17 n. 327 sowie Jur.Woch. 1896 S. 285; Staub Anm. 29 zu § 363.

1) Kuntze, Die Lehre von Inhaberpapieren 1857; Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 93 ff.; Brunner, Die Inhaberpapiere bei Endemann,

Ein uraltes, germanisches Rechtsinstitut hat hier eine höchst moderne Gestalt angenommen. Wie bereits hervorgehoben wurde,[2] bezweckten die germanischen Urkunden auf den Inhaber ursprünglich die Ermöglichung der Übertragung eines Forderungsrechts, welche dem Gläubiger sonst in alter Zeit verschlossen war. Damals war die sog. alternative Inhaberklausel zugunsten des benannten Gläubigers oder des Inhabers die häufigste Form solcher Geschäfte.

Nachdem die romanistische Doktrin das Inhaberpapier zeitweise zurückgedrängt hatte, hat das Institut in neuerer Zeit für den Verkehr und das Recht steigende Bedeutung gewonnen. Das A.L.R. I, 15 § 47 regelte bereits einzelnes, das alte H.G. Art. 307 bestimmte die Ausschließung der Vindikation gegen den Besitzer. Das sächsische B.G.B. §§ 1039—1048 kodifizierte das Inhaberpapier. Eine eingehende Regelung für Schuldverschreibungen auf den Inhaber trifft jetzt B.G.B. § 793 ff.

II. In zwiefacher Hinsicht dient das Inhaberpapier den Bedürfnissen des Verkehrs.

a) Es schafft die bequemste und sicherste Übertragungsform, denn die Veräußerung geschieht durch bloße Übergabe. Damit erleichtert und

---

Handbuch Bd. 2 S. 196; Fuchs, Die Karten und Marken des täglichen Verkehrs 1881. Über die Geschichte des Inhaberpapiers vergleiche namentlich Brunner in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 22 S. 1 ff., S. 59 ff., S. 505 ff., Bd. 23 S. 225, sowie das französische Inhaberpapier des Mittelalters, Festschrift 1879; siehe auch H. Lehmann, Wertpapiere 1890. Zur Vorgeschichte des B.G.B. vgl. Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 36 S. 124 ff., 597 ff.; Kohler in seinem Archiv Bd. 6 S. 316 ff.; Strohal in Iherings Jahrbuch Bd. 33 S. 375; Jacobi, Die Wertpapiere des bürgerl. R., Jena 1901, sowie Das Wertpapier als Legitimationsmittel, Jena 1906; Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 155 ff.; Immerwahr in Monatsschr. f. Handelsr. u. Bankw. 1900 S. 269: über die Vermögensbewertung von Inhaberschuldverschreibungen im Besitze des Ausstellers (Aufnahme in die Bilanz); Burchardt, Teilschuldverschreibungen mit Realsicherheit (Festgabe für Dernburg); Hancke in D.Jur.Ztg. 1902 S. 549, Faksimilierte Ausstellung von Orderobligationen; Bendix in Ztschr. f. d. ges. Versicherungswes. Bd. 3 Heft 3, Die juristische Natur der Lebensversicherungspolizen auf den Inhaber; Kempner, Berlin, 1902, Das Straßenbahnbillet; Pundt, Wiesbaden 1902, Die Eisenbahnfahrkarte; Steuer, Berlin 1902, Das Theaterbillett; Simon, Berlin 1903, Die namenlosen Zinsscheine der Orderpapiere; Beyersdorf in Eisenbahnr.Entschdg. Bd. 20 Heft 1, Die Eisenbahnfahrkarte; Oertmann D.Jur.Ztg. 1904 S. 1127, Leistung an den geschäftsunfähigen Präsentanten eines Inhaberpapiers; Seelmann in Kohlers Arch. Bd. 25 S. 186, Das Straßenbahnbillett; Gierke D.Jur.Ztg. 1905 S. 92, Einlösung von Inhaberpapieren durch Geschäftsunfähige; Langen, Die Kreationstheorie im heutigen Reichsrecht; Riezler, Seuff.Bl. 1906 S. 29, Der Betrüger als Präsentant des Inhaberpapiers.

2) Oben § 134 III.

fördert es die Negoziabilität der Rechte. So ist es vorzugsweise geeignet zum Börsenwert, bei welchem es auf leichte und sichere Begebbarkeit besonders ankommt. Doch sind nicht alle Inhaberpapiere Börsenwerte und nicht alle Forderungen, welche Börsenwerte sind, haben die Form der Inhaberpapiere.

b) Die Inhaberklausel kommt ferner dem Schuldner zugute.

Während bei gewöhnlichen Forderungen dem Schuldner, ehe er erfüllt oder sich sonst in Verhandlungen mit einem angeblichen Gläubiger einläßt, die oft schwierige Prüfung der Frage obliegt, wer sein Gläubiger ist, erübrigt ihm das Inhaberpapier eine eingehende Prüfung, weil der Besitz des Papiers diese Frage unmittelbar erledigt.

III. Es gibt Rechte, bei welchen die rasche und bequeme Negoziabilität kein Bedürfnis ist, vielleicht sogar bedenklich wäre, bei denen aber der Schuldner ein großes Interesse daran hat, daß er den Besitzer der Urkunde als zur Geltendmachung des Rechts legitimiert betrachten darf.

Diesem Bedürfnisse kommen die sog. Legitimationspapiere nach, welche man auch, freilich wenig glücklich, unvollkommene oder hinkende Inhaberpapiere genannt hat.

IV. Das Feld der Inhaberpapiere ist ein weitgestecktes.

Es gehören hierhin namentlich Forderungen. Auf ihre Regelung beschränkt sich B.G.B. § 793 ff. im allgemeinen.

Im großen Verkehr treten namentlich die Inhaberobligationen auf bestimmte Geldsummen hervor. Inhaberpapiere können aber auch Ansprüche auf Leistung von anderen vertretbaren Sachen sowie einer Spezies und selbst von Handlungen gewähren.[3]

Nach B.G.B. § 1195 dürfen auch Grundschuldbriefe auf den Inhaber gestellt werden. Auf Inhabergrundschuldbriefe sind die Vorschriften der §§ 793 ff. entsprechend anzuwenden.[4]

Ferner ist es zulässig, Aktien auf den Inhaber zu stellen, H.G.B. §§ 179, 183, nicht minder Kommanditaktien, H.G.B. § 320 Abs. 3. Für

---

3) Ob nach heutigem Recht Lagerscheine auf den Inhaber zulässig sind, namentlich von nicht staatlich zur Ausstellung indossabler Lagerscheine ermächtigter Anstalten (vgl. § 363 Abs. 2 H.G.B.), ist streitig. Die Frage wird jedoch von der herrschenden Meinung bejaht. Vgl. R.G. vom 28. Jan. 1903 D.Jur.Ztg. 1903 S. 201; R.G. vom 28. Dez. 1904 Bd. 59 S. 374 sowie O.L.G. Hamburg vom 16. Mai 1904 Hans.Ger.Ztg. Hauptbl. S. 180, auch Rechtspr. d. O.L.G. Bd. S. 35; Planck Anm. 1 a zu § 793. O. Chr. Fischer: Die wirtschaftliche Entwicklung des Warrantverkehrs 1908 S. 299 ff.

4) Vgl. unten Bd. 3 §§ 246 ff. der 4. Auflg.

Inhaberaktien sind die Vorschriften des B.G.B. über Schuldverschreibungen auf den Inhaber §§ 793 ff. nicht unmittelbar bestimmt. Inwieweit sie dennoch wegen Gleichheit des Grundes auf Inhaberaktien anzuwenden sind, ist nach der Beschaffenheit der einzelnen gesetzlichen Regeln zu entscheiden.

Wechsel auf den Inhaber sind gesetzlich nicht anerkannt. Aktien dürfen vor der vollen Leistung des Nennwerts nicht auf den Inhaber lauten. Das Gleiche gilt von den Interimsscheinen über Aktien, d. h. den Anteilscheinen, die den Aktionären vor der Ausgabe der Aktien ausgestellt werden, H.G.B. § 179 Abs. 3. Auf den Namen müssen Konnossemente, H.G.B. § 643 Ziff. 4, und Ladescheine, § 445 Ziff. 4, lauten. Auch Kuxscheine müssen nach dem preußischen Berggesetze vom 24. Juni 1865 auf Namen gestellt sein.

§ 148. Die Schaffung des Inhaberpapiers.

I. Streitig war nach früherem Recht, ob die Forderungen auf den Inhaber durch Vertrag oder einseitig durch das in der Urkunde kundgegebene Versprechen des Ausstellers, die sog. Kreation, begründet werden.[1]

Die früher herrschende Ansicht war, daß die Urkunde nur durch den „Begebungsvertrag" rechtsverbindlich werde, d. h. durch Geben und Nehmen des Papiers mit dem Willen des einen Teils Schuldner und des anderen Teils Gläubiger zu werden. So mag man in der ältesten Zeit die Sache behandelt haben. Doch die Verkehrszwecke, welchen das Inhaberpapier dient, drängten hierüber hinaus. Zwar wird das Papier in der Regel mittels Begebung in den Verkehr gebracht; geschieht dies aber in anderer, unregelmäßiger Weise, so ließ sich die Verbindungskraft der Urkunde zugunsten redlicher Inhaber nicht füglich in Abrede stellen. Daher mußte die Praxis anerkennen, daß sich der Erwerb rechtsgültig auch in Fällen vollzog, in welchen das fertiggestellte Inhaberpapier vor seiner Begebung veruntreut wurde und in die Hände gutgläubiger Erwerber gelangte.[2]

---

1) Hauptvertreter der sog. Kreationstheorie war Kuntze, Inhaberpapiere §§ 53, 78—83. Vgl. ferner Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 124; Affolter in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 39 S. 375. Gegner war u. a. Gareis, Die Kreationstheorie 1868 und in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 21 S. 356, vor allem Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 23 S. 306, Bd. 28 S. 100, Bd. 36 S. 128, endlich Lehmann, Wechselrecht 1886. Dort finden sich zahlreiche Literaturnachweise. Vgl. den Literaturnachweis oben zu § 146.

2) Vgl. namentlich R.O.H.G. Bd. 17 S. 150 ff.

Damit war der sog. Kreationstheorie der Boden bereitet, und zwar in dem Sinne, daß die Ausfertigung genügt, so daß die sog. Emission, wenn auch durch sie regelmäßig das Papier in den Verkehr gelangt, keineswegs unumgänglich und wesentlich ist.

II. Das B.G.B. hat die Vertragstheorie [3] durch zwei Bestimmungen zurückgewiesen und sich der Kreationstheorie angeschlossen.

a) Nach § 794 Abs. 1 wird der Aussteller einer Inhaberschuldverschreibung, wenn sie infolge Diebstahls oder sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, dem berechtigten Inhaber [4] verpflichtet.

b) Auf die Wirksamkeit einer Inhaberschuldverschreibung ist es nach § 794 Abs. 2 ohne Einfluß, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist.

Die Ausstellung eines Inhaberpapiers ist hiernach ein streng einseitiges Rechtsgeschäft.[5] Es gehört nicht zu den sog. empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften.

Hieraus ergibt sich folgende Entscheidung. N. fertigt 500 000 Mk. Inhaberpapiere aus, 300 000 bringt er in den Verkehr, 200 000 hat er noch nicht emittiert; N. verfällt in Konkurs; gehören die 200 000 Mk. seiner Konkursmasse? Hat diese, wenn für die 500 000 Mk. ein Pfand bestellt ist, ein anteiliges Recht an dem Pfanderlös? Dafür spricht das gesunde Rechtsgefühl. Aber nur die Kreationstheorie kann dies Ergebnis juristisch begründen.

Es ist anzunehmen, daß, was für die Inhaberforderungen durch § 794 verordnet ist, auch für andere Inhaberpapiere gilt. Denn ein Grund für eine verschiedene rechtliche Behandlung in dieser Hinsicht ist nicht zu entdecken.

III. Die Urkunden, welche die Inhaberforderung begründen, sind verschiedener Gestalt.

---

3) Vgl. Hellwig, Rechtskraft § 44, welcher Rechtsnachfolge annimmt.

4) Also natürlich nicht dem Diebe, auch nicht demjenigen, welcher die Papiere wissentlich vom Diebe erwarb.

5) Vgl. Motive Bd. 2 S. 695. — Cordes freilich, in Kieler Dissert. 1898 Die Wertpapiere, will die Vertragstheorie für die Inhaberschuldverschreibungen auch nach B.G.B. festhalten. Er sieht in den Bestimmungen des § 794 „Sondervorschriften"! Vgl. hierüber Oertmann, Vorbem. zum 22. Titel 4 d. Jacobi, Das Wertpapier im bürgerl. R. S. 172 sowie Die Wertpapiere als Legitimationsmittel S. 24 verwirft ebenfalls die Kreationstheorie und erklärt die Verpflichtung des Ausstellers aus § 794 als eine Haftung auf Grund des Delikts, dessen sich der Aussteller dadurch schuldig gemacht habe, daß er nicht verhindert hat, daß das Papier in den Verkehr gelangte. Dagegen vor allem Langen, Kreationstheorie S. 176, vgl. auch Planck Anm. 2 zu § 793 und zu § 794.

Man muß unterscheiden Inhaberschuldverschreibungen und Inhabermarken.

1. Vollkommene Inhaberforderungen werden durch formgerechte Schuldverschreibungen auf den Inhaber begründet, § 793.

a) Diese Schuldverschreibungen müssen gemäß § 126 durch Namensunterschrift oder, was freilich bei Inhaberpapieren sehr selten vorkommen wird, mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Gerichtliche oder notarielle Form kann die Privatunterschrift ersetzen.

Während nach der strengen Regel des § 126 die Unterschrift eine eigenhändige und persönliche sein muß, genügt nach § 793 Abs. 2 Satz 2 bei Inhaberschuldverschreibungen eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift des Ausstellers.[6] Dies vorzuschreiben war durch das Verkehrsbedürfnis unumgänglich geboten.

b) Bei der Abfassung der Inhaberschuldverschreibungen sind in vielen Fällen zwei zeitlich auseinanderliegende Momente zu unterscheiden, nämlich die Herstellung des Effektenformulars und die Ausfertigung der Inhaberschuldverschreibung.

Die Herstellung umfaßt gewöhnlich das Datum der Ausstellung, die Bezeichnung des Emittenten und die faksimilierten Unterschriften des Emittenten oder seiner Vertreter.

Gleichwohl wird die Vollendung der Urkunde — die Ausfertigung — noch von einer besonderen Erklärung, welche in Worten oder Buchstaben oder Zeichen bestehen kann, mittels eines auf der Urkunde anzubringenden Vermerks abhängig gemacht.[7] Dann entbehrt die Urkunde, ehe die Ausfertigung geschieht, der Verbindungskraft, § 793 Abs. 2 Satz 1.

c) Selbstverständlich muß aus der Urkunde zweifellos erhellen, daß der Aussteller die in ihr bezeichnete Leistung dem Inhaber der Ur-

---

6) Vgl. Hancke in D.Jur.Ztg. 1902 S. 549: Faksimilierte Ausstellung von Orderobligationen sowie § 181 des H.G.B.

7) Motive Bd. 2 S. 694 ff. Unberührt bleiben nach Einf.Ges. Art. 100 Ziff. 1 die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen bei Schuldverschreibungen des Bundesstaats oder ihm angehöriger Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts die Gültigkeit von der Beobachtung einer besonderen Form abhängt, auch wenn die Bestimmung in die Urkunde nicht aufgenommen ist. Über die Ausfertigung der vom Staat oder einem Kommunalverband in Preußen ausgestellten Inhaberschuldverschreibungen vgl. Preuß.Ausführungsges. z. B.G.B. Art. 17.

kunde schulden will. Einer besonderen Form bedarf diese Erklärung aber nicht.

2. Unter Inhabermarken verstehen wir Karten, Marken, Billette und ähnliche Urkunden, welche zwar eine ausdrückliche Schuldverschreibung auf den Inhaber nicht enthalten, welche aber nach der Verkehrsauffassung einem jeden Inhaber das Recht auf die Leistung geben, welche an die Urkunde geknüpft ist.[8]

Solcher Art sind freilich keineswegs alle im Verkehre vorkommenden Karten und Marken, an welche eine Leistung geknüpft wird. Häufig haben sie nur den Zweck, die Legitimation des benannten Gläubigers zu erleichtern und den Schuldner zu berechtigen, an den Inhaber ohne Legitimationsprüfung zu leisten. Zu solchen bloßen Legitimationspapieren gehören z. B. Marken, welche Garderobeanstalten ausgeben, Gepäckscheine der Eisenbahnen über aufgegebenes Gepäck, bei denen niemand daran denkt, daß sie selbständig Gegenstand des Verkehrs sein sollen. [Auch Abonnementskarten jeder Art gehören hierher. Geht eine solche Urkunde verloren, so geht damit an sich nicht auch das durch die Urkunde zu beweisende Recht verloren. Der Gläubiger hat sein Recht anderweit zu beweisen.][9]

Hat die Marke die Natur einer Urkunde auf den Inhaber, so teilt sie nach § 807 die wesentlichsten Eigentümlichkeiten, welche die Inhaberschuldverschreibungen auszeichnen, wie sie in den §§ 793 Abs. 1, 794, 796 und 797 geregelt sind.

Andere, immerhin bedeutsame Vorschriften über Inhaberschuldverschreibungen sind den Inhabermarken fremd, insbesondere ist die Staatsgenehmigung nicht erforderlich, welche für Inhaberschuldverschreibungen auf eine bestimmte Geldsumme notwendig ist, § 795. Dem Aussteller liegt ferner nicht, wie bei Inhaberschuldverschreibungen nach § 798, im Fall ihrer Beschädigung eine Erneuerungspflicht ob, die Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens und die Zahlungssperre nach § 799 beziehen sich nicht auf abhanden gekommene oder vernichtete Karten und

---

8) Hierher gehören unter anderem Theater-, Konzert-, Eisenbahn- und Straßenbahnfahrkarten, wohl auch Postwertzeichen, nicht aber oder wenigstens regelmäßig nicht Speise-, Bade-, Friseurmarken. Denn die mit der Ausgabe der letzteren meistens verbundene Preisermäßigung soll regelmäßig nach der Absicht des Ausstellers lediglich der Person des ersten Erwerbers zugute kommen und dadurch in ihm einen dauernden Abnehmer gewinnen und sichern. Vgl. dazu, jedoch teilweise abweichend, Planck Anm. 1 zu § 807 und dort Angef.

9) Vgl. O.L.G. Hamburg Hans.Ger.Ztg. 1904 Beibl. S. 86.

Marken;[10] die Präklusivfrist der §§ 801 und 802 für die Vorlegung der Inhaberschuldverschreibungen zur Einlösung ist auf Karten und Marken nicht anwendbar.

Diese Vorschriften erschienen hier nicht notwendig, denn die Inhabermarken gehören dem täglichen Leben an, und wie sie das Verkehrsleben immer wieder erzeugt, so stößt es sie in kurzer Zeit wieder ab.

§ 149. Beschränkung der Ausstellung von Inhaberschuldverschreibungen.

I. Inhaberschuldverschreibungen können von jedem ausgefertigt werden, sei er natürliche oder juristische Person.[1] Daß die Ausgabe von Inhaberpapieren, wie früher zuweilen behauptet wurde,[2] ein besonderes Vorrecht bilde, welches an obrigkeitliche Genehmigung geknüpft sei, widerspricht der Geschichte wie der Entwicklung des deutschen Rechts.

II. Beschränkungen bestehen aber für Inhaberschuldverschreibungen, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zusagen.

Aus finanzpolitischen und wirtschaftlichen Gründen verbot das preußische Gesetz vom 17. Juni 1833, derartige Geldpapiere ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr zu bringen. Das Verbot wurde auf die neuerworbenen Landesteile Preußens ausgedehnt; ähnliche Verbote trafen mehrere andere deutsche Staaten, z. B. das sächsische B.G.B. § 1040.

Nach B.G.B. § 795 Abs. 1[3] gilt jetzt für ganz Deutschland, daß im Inland ausgestellte Inhaberschuldverschreibungen über bestimmte Geldsummen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen.[4] [5]

---

10) Vgl. jedoch Einf.Ges. z. B.G.B. Art. 102 Abs. 1, wonach es der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, die Kraftloserklärung und die Zahlungssperre in Ansehung solcher Urkunden einzuführen und zu regeln.

1) Die Beschränkungen, welche kraft besonderer gesetzlicher Bestimmungen polizeilichen, verwaltungsrechtlichen oder finanzpolitischen Charakters für gewisse Unternehmungen, z. B. Lotterien, gesetzt sind, werden selbstverständlich nicht berührt, Mot. Bd. 2 S. 695.

2) Savigny, Obligat. Recht Bd. 2 S. 126; vgl. aber R.O.H.G. Bd. 17 S. 151; Poschinger, Befugnis zur Ausstellung von Inhaberpapieren 1870.

3) E. I § 701; Mot. Bd. 2 S. 718; Kom.Prot. Bd. 2 S. 555, 540, Bd. 6 S. 209.

4) Es ist die Frage aufgeworfen, ob Zinsscheine, die auf den Inhaber lauten, der staatlichen Genehmigung bedürfen? Die Frage ist zu verneinen. Die in den Scheinen enthaltene Zinsverbindlichkeit hat keine Selbständigkeit, sie ist eine Verabredung innerhalb eines Hauptgeschäfts. Deshalb

III. Im einzelnen ist hervorzuheben:

1. Das Gesetz hat vorzugsweise den Zweck, Massenemissionen von Inhaberschuldverschreibungen, die auf Geld lauten, von der Staatsgenehmigung abhängig zu machen. Aber das Gesetz beschränkt sich hierauf nicht. Auch ein einzelnes bestimmtes Geldversprechen auf den Inhaber ist daher nur unter Staatsgenehmigung gültig.

2. Nur im Inland ausgestellte Inhaberschuldverschreibungen sind betroffen. Würde aber z. B. die Londoner Filiale einer deutschen Bank in England solche Papiere ausstellen und sie in Deutschland in den Verkehr bringen lassen, so wäre § 795 nicht anwendbar, keinesfalls könnte sich das an das Verbot geknüpfte Strafgesetz auf diesen Fall beziehen.[5]

3. Die Genehmigung ist durch die Zentralbehörde des Bundesstaats[7] zu erteilen, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz — vgl. B.G.B. §§ 7—11 — oder seine gewerbliche Niederlassung hat, § 795 Abs. 2,[8] in Preußen auf Grund eingeholter Königlicher Genehmigung durch die zuständigen Minister (Art. 8 der Ausf.Verordn., z. B. G.B. vom 16. November 1899 G.S. S. 562). Hat jemand in verschiedenen Bundesstaaten seinen Wohnsitz oder seine Niederlassung, so genügt die Genehmigung eines jener Bundesstaaten. Es kommt nicht darauf an, wo die Papiere in den Verkehr kommen sollen oder in den Verkehr gebracht werden.

[Inhaberschuldverschreibungen, die in einem Konsulargerichtsbezirke von einer der Konsulargerichtsbarkeit unterworfenen Person ausgestellt worden sind, dürfen nur mit Genehmigung des Reichskanzlers in den Verkehr gebracht werden.][9]

4. Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gesetzte In-

---

kann § 795 B.G.B. nicht Anwendung finden. Vgl. Rudorff in Das Recht 1900 S. 445; Apt in Monatsschr. f. Handelsr. 1900 S. 253; Henle in Das Recht 1900 S. 362; Goldfeld daselbst 1900 S. 537; Liebmann in D.Jur.Ztg. 1900 S. 524; Ritter das. 1901 S. 159; Simon in Monatsschr. f. Handelsr. Jahrg. 11 S. 313; sowie Planck Anm. 1 d zu § 795.

5) Über Inhabergrundschulden vgl. unter Bd. III § 246 I. 3 d. 4. Aufl.g.

6) Vgl. Planck Anm. 1 b zu § 795. And. Anf. Staudinger Anm. I 2 b zu § 795.

7) Zu den Bundesstaaten gehört im Sinne des B.G.B. Elsaß-Lothringen, Einf.Ges. Art. 5.

8) Die Erteilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht werden, § 795 Abs. 2 Satz 2. Dies ist bloße „Ordnungsvorschrift". Weicht die Bekanntmachung vom Inhalt der Urkunde ab, so ist sie nicht maßgebend, Mot. Bd. 2 S. 720; Oertmann § 795 Ziff. 2.

9) R.G. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. April 1900 § 34.

haberschuldverschreibung auf Geld ist nach § 795 Abs. 3 Satz 1 nichtig;[10] dennoch ist anzunehmen, daß, wenn die staatliche Genehmigung nachträglich erfolgt, die Urkunde gültig und wirksam wird.[11]

Der Aussteller selbst kann die Nichtigkeit geltend machen, er hat aber dem Inhaber den Schaden zu ersetzen, der durch die Ausgabe der mangels der Genehmigung nichtigen Urkunde verursacht worden ist, § 795 Abs. 3 Satz 2.

Dies gilt auch dann, wenn der Inhaber nicht der erste Nehmer des Papiers, vielmehr dessen Rechtsnachfolger ist. Ob der Inhaber beim Erwerbe hätte wissen müssen, daß die Genehmigung nicht erteilt ist, kommt nicht in Betracht. Wer aber beim Erwerbe wußte, daß die Genehmigung fehlt, kann nicht geltend machen, daß er durch den Erwerb Schaden erlitt.[12] [13] Das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Aussteller die nicht genehmigten Papiere in Verkehr brachte, oder ob sie etwa infolge einer Veruntreuung ohne und gegen seinen Willen in den Verkehr gelangt sind. Er mußte eben die hergestellten Papiere hüten; geschah dies nicht, so machen sie ihn verantwortlich.[14]

Der Schaden umfaßt nach allgemeinen Grundsätzen nicht bloß den sog. positiven Verlust, sondern auch den entgangenen Gewinn, z. B. wenn der Erwerber die nicht genehmigten Papiere zum Parikurs genommen hat und später staatlich genehmigte Serien derselben Anleihe über Pari gestiegen sind.[15]

5. Um das Verbot zur Durchführung zu bringen, nahm man auch das Strafgesetz zu Hilfe. Nach Einf.Ges. zum B.G.B. Art. 34 n. IV wurde in das St.G.B. ein § 145 a eingestellt, wonach, wer solche Papiere im Inland ohne die erforderliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt, mit Geldstrafe belegt wird. Beides ist Voraussetzung der Strafe, die bloße Einführung in den Verkehr genügt nicht.

---

10) über das frühere Recht vgl. namentlich R.G. Bd. 14 S. 94, Bd. 19 S. 282; Just.Min.Bl. 1895 S. 11.

11) [And. Anf. Planck Anm. 5 zu § 795. Nicht ohne weiteres Kober u. Engelmann bei Staudinger zu § 795 IV 1 c.]

12) And. Anf. Motive Bd. 2 S. 720; vgl. aber Oertmann § 795 Ziff. 3 b.

13) [Fahrlässiger Erwerb kann mitwirkendes Verschulden sein, § 254; vgl. Planck Anm. 6 c zu § 795 und dort Angef.]

14) And. Anf. Oertmann § 795, 17 gegen den Wortlaut des Gesetzes und ohne inneren Grund; mit dem Text übereinstimmend jetzt Planck, s. aber dort Angef.

15) Oertmann § 795 Ziff. 3 b will nur das negative Vertragsinteresse im Sinne von § 122, nicht das Erfüllungsinteresse vergüten lassen. Dem § 795 Abs. 3 dürfte dies nicht entsprechen; vgl. im übrigen Planck Anm. 6 zu § 795. Staudinger zu § 795 IV 2.

6. Schuldverschreibungen, die von dem Reich oder einem Bundesstaat ausgegeben werden, unterliegen den dargestellten Vorschriften nicht, § 795 Abs. 4.

7. Die Sondervorschrift des § 795 gilt bloß für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, Orderpapiere sind nicht betroffen.

Allerdings können Kaufleute und kaufmännische Institute, z. B. Aktiengesellschaften, Schuldscheine über bestimmte Geldsummen, welche sie zwar auf Namen, aber zugleich an Order stellen und mit Blankoindossament versehen, massenhaft ausgeben.[16] Genießt der Emittent allgemeinen Kredit oder gewährt er vielleicht für solche Schuldscheine ausreichende hypothekarische Sicherheit, B.G.B. § 1187, so nimmt der Verkehr und der Geldmarkt solche Papiere willig auf. Dennoch rechtfertigt dies nicht, aus dem Zwecke des § 795 zu folgern, daß auch solche Orderpapiere staatlicher Genehmigung bedürfen. Das Gesetz will nicht allzu tief in die Bewegung des Verkehrs eingreifen und erachtet seine Zwecke genügend gewahrt dadurch, daß *Inhaberpapiere* über bestimmte Geldsummen an die staatliche Genehmigung geknüpft werden.

IV. Besonderer reichsgesetzlicher Beschränkung unterliegen infolge des Gesetzes vom 8. Juni 1871 die *Prämienanleihen*, d. h. Geldschuldverschreibungen auf den Inhaber, in welchen dem Gläubiger außer dem Kapital eine durch Los oder sonstigen Zufall zu ermittelnde Prämie in Aussicht gestellt ist. Sie dürfen innerhalb des deutschen Reichs nur auf Grund eines *Reichsgesetzes* und zu Anleihen des Reichs oder eines Bundesstaats ausgegeben werden. Dies um unberechtigter Spiellust entgegenzutreten. Ältere inländische Prämienanleihen blieben unberührt. Die spätere Ausgabe sowie der Handel mit später ausgegebenen Papieren solcher Art unterliegt öffentlicher Strafe. Ebenso wurde der Handel mit ausländischen Prämienscheinen bei Strafe verboten, soweit sie nicht innerhalb der gesetzlich bestimmten Fristen durch Abstempelung der Reichsbehörden als alter deutscher Besitz anerkannt wurden.[17]

V. Das Recht zur Ausgabe von Banknoten endlich, d. h. von unverzinslichen Schuldscheinen über bestimmte Geldbeträge, welche eine Bank unter dem Versprechen jederzeitiger Einlösung an den präsentierenden Inhaber ausgibt, kann nur durch Reichsgesetz und nach Maßgabe dieses

16) Oben § 144.
17) Vgl. R.O.H.G. Bd. 20 S. 419.

Gesetzes erworben werden. Wer ohne solche Ermächtigung Banknoten ausgibt, ist straffällig. Gleiches gilt von der Ausgabe sonstiger auf den Inhaber lautender unverzinslicher Geldschuldverschreibungen.[18]

§ 150. Die Rechte aus dem Inhaberpapier.

I. Der jeweilige Inhaber der Schuldverschreibung ist Gläubiger der in ihr verbrieften Forderung.

Ist dies jeder Inhaber, auch derjenige, welcher die Schuldverschreibung unredlicherweise erworben hat? Ausdrücklich bestimmte der erste Entwurf, § 687, daß Gläubiger auch sei, wer die Schuldverschreibung unredlicherweise erworben habe!

Nach diesem Entwurf ist, klagte Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 36 S. 136, die Dienstmagd, welche die Banknote, den Coupon zum Auswechseln oder zur Bezahlung des Kaufmanns in Händen hat, ist jeder Kassenbeamte, Verwahrer, Finder, der Dieb, der Räuber Gläubiger aus dem Inhaberpapier. In dem Augenblick, in welchem das Papier aus der Hand des Berechtigten, gleichviel wie, an einen Dritten gerät, erlischt das Gläubigerrecht des ersteren, obgleich dessen Eigentum am Papier bestehen bleibt, auch wenn dem Dritten der gute Glaube fehlt.

Diesen Vorstellungen fügte sich die zweite Kommission; sie knüpfte, wie vielfach gefordert war,[1] das Gläubigerrecht an ein sachenrechtliches Verhältnis des Inhabers zum Papier. Der Erwerb des Rechts am Papier bedingt hiernach das Recht aus dem Papier.

Dabei trennte man aber § 793 Abs. 1, das Recht, die Leistung zu beanspruchen, und die Befugnis des Ausstellers, dem Inhaber zu leisten.

1. Der Inhaber hat das Recht, die Leistung aus dem Papier zu fordern, nur wenn er zur Verfügung über das Papier berechtigt ist. Daß er hierzu nicht berechtigt ist, hat, wie die Fassung des § 793 Abs. 1 ergibt, zu beweisen, wer die Berechtigung des Inhabers bestreitet.

Zur Verfügung berechtigt ist grundsätzlich der Eigentümer des Papiers.[2] Eigentümer wird, wer das Inhaberpapier gutgläubig durch

---

18) Bankgesetz vom 14. März 1875 §§ 1, 55, vgl. auch §§ 11, 57, wonach ausländische Banknoten und auf den Inhaber lautende unverzinsliche Schuldscheine von Ausländern in deutscher Währung bei Strafe innerhalb des Reichsgebiets zu Zahlungen nicht gebraucht werden dürfen.

1) So namentlich Gierke, Der Entwurf und das deutsche Recht S. 228 ff. Vgl. Gutachtliche Zusammenstellung Bd. 2 S. 374.

2) Es ist scharf die Frage zu unterscheiden: Wer hat das Gläubigerrecht aus dem Inhaberpapier? und wer ist berechtigt, die Erfüllung aus dem

Übertragung erlangt, auch wenn der Übertagende nicht Eigentümer war, selbst wenn das Papier seinem bisherigen Eigentümer gestohlen ist oder ihm sonst ohne seinen Willen abhanden kam, B.G.B. §§ 932, 935 Abs. 2.

2. Der Aussteller wird auch durch die Leistung an einen nicht berechtigten Inhaber von seiner Verpflichtung befreit, § 793 Abs. 1 Satz 2.

Der Aussteller des Inhaberpapiers ist also zur Prüfung der Legitimation des Inhabers nicht verpflichtet. Ist er hierzu berechtigt? Kein Gesetz spricht ihm das Recht ab. Es ist dies selbstverständlich. Wenn er weiß, daß der Inhaber nicht berechtigt ist, muß er ihm auch nicht erfüllen.

Hiervon ging auch die zweite Kommission aus. Jeder Mangel im Verfügungsrechte des Inhabers, erklärte man, muß den Aussteller berechtigen, die Leistung zu verweigern, auch wenn der Mangel darin seinen Grund hat, daß die Vollmacht des mit der Einziehung eines Inhaberpapiers beauftragten vor der Vorlegung der Urkunde durch eine an den Aussteller gerichtete Mitteilung widerrufen wird.[3]

Dagegen nahmen die Redaktoren an, daß der Schuldner nicht verpflichtet sei, dem seines Wissens nach unredlichen Inhaber die Zahlung zu verweigern.[4] Der Schuldner handle nicht dolos, wenn er wissentlich an den nichtberechtigten Inhaber leiste, er übe damit nur sein Recht aus. Seine Sache sei es nicht, die Interessen des Eigentümers wahrzunehmen. Der Eigentümer möge sich rühren, wenn er die ihm abhanden gekommenen Inhaberpapiere von dem unredlichen Er-

---

Papier zu verlangen? Das Gläubigerrecht hat der Eigentümer des Papiers. Er ist es, in dessen Vermögensbilanz die Inhaberforderung als Aktivum zu erscheinen hat. Dennoch ist es möglich, daß er die Leistung nicht verlangen kann, z. B. weil eine Beschlagnahme über die Inhaberforderung ausgebracht ist. Die Erfüllung zu verlangen sind andererseits auch Personen berechtigt, welche kein Eigentum am Papier und demnach das Gläubigerrecht nicht haben, namentlich wer vom Eigentümer unter Übergabe des Papiers zur Einziehung bevollmächtigt ist, ferner wer als Nießbraucher oder Pfandgläubiger hierzu befugt ist.

3) Vgl. Kom.Prot. Bd. 2 S. 527, S. 558, Bd. 6 S. 209.

4) So auch Cosack-Gerber § 237. Mit Recht bemerkt Oertmann zu § 793 Ziff. 4: „Eine solche Leistung würde einen Verstoß schlimmster Art gegen Treu und Glauben bilden. Anders nur, wenn der Aussteller zwar die Nichtberechtigung kennt, aber nicht durch Beweismittel erhärten kann, daher in der Zwangslage ist, zahlen zu müssen.“ Ob in diesem Fall Anzeige an den Berechtigten und Aufforderung, den Aussteller zu vertreten, das Entsprechende ist, hängt von den Umständen ab; vgl. ferner Planck Anm. 3 c zu § 793 und dort Angef.

werber wiedererlangen will. In der Erwirkung der gerichtlichen Zahlungssperre werde ihm das geeignete Mittel hierzu gewährt.

Dieser Auffassung schließen sich die meisten Schriftsteller an. Wir können sie jedoch nicht teilen.

Daß der Schuldner, welcher wissentlich einem Diebe der Inhaberverschreibung oder einer Inhabermarke, wenn auch vielleicht nur um seiner Bequemlichkeit willen leistet, gegen die guten Sitten verstößt, ist doch kaum zu leugnen; daß er hierdurch den wahren Gläubiger schädigt, ist sicher. Folglich wird er ihm nach § 826 schadensersatzpflichtig.

Dies ist vor allem für die bloßen Legitimationspapiere wichtig. Wer wollte annehmen, daß der Garderobier, welcher weiß, daß die zur Legitimation ausgehändigte Marke gestohlen ist, von jeder Verantwortlichkeit frei sei, wenn er die ihm anvertrauten Gegenstände wissentlich dem Diebe übergibt, weil er damit jeder Weitläufigkeit aus dem Wege zu gehen hofft? Inhaberpapiere können aber in diesem Punkte nicht anders behandelt werden wie Legitimationspapiere.

II. Der Aussteller kann — § 796 — dem Inhaber gegenüber Einwendungen nur in beschränkter Weise geltend machen;[5] nämlich

a) solche, welche die Gültigkeit der Ausstellung der Schuldverschreibung oder auch der Marke betreffen. Dahin gehört, daß die Urkunde gefälscht ist, sei es im Kontexte, sei es in der Unterschrift, oder daß dem Aussteller die Geschäftsfähigkeit fehlte. Aber mit der Bestimmung des Inhaberpapiers als eines dem Umlaufe dienenden Wertpapiers wäre es unvereinbar, Einwendungen wegen Mangels der Ernstlichkeit, Irrtums, Betrugs, Zwanges unbeschränkt nach den allgemeinen Grundsätzen über Willenserklärungen zuzulassen.[6]

b) Zulässig sind ferner Einwendungen, die sich aus dem Inhalte der Urkunde ergeben, z. B. aus den in ihr aufgenommenen Bedingungen. Das Inhaberpapier muß nicht notwendig abstrakt sein, es kann vielmehr die Verpflichtung des Ausstellers vom Schuldgrunde abhängig machen, so daß er sich alle oder je nach dem Inhalte der

---

5) E. I § 689; Mot. Bd. 2 S. 699; Kom.Prot. Bd. 2 S. 540. Wem gegenüber soll angefochten werden?

6) Es sind dieselben Grundsätze wie bei den Einwendungen gegen einen Wechsel zu befolgen. Darüber unten. Vgl. ferner Staub Anm. 6 zu § 364. And. Anf. Planck Anm. 3 b zu § 796.

Urkunde wenigstens gewisse aus dem Schuldgrunde hervorgehende Einwendungen vorbehält.

c) Auch Einwendungen, welche dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen, sind zulässig.

Dem Aussteller stehen dagegen im allgemeinen gegenüber dem Inhaber Einwendungen nicht zu, die ihm gegen dessen Vorbesitzer zustanden, auch wenn sie der Erwerber beim Erwerbe kannte. Hat dieser jedoch das Papier zu dem Zweck erworben, um dem Aussteller Einreden abzuschneiden, so liegt hierin eine Schädigung gegen die guten Sitten, welche nach § 826 schadensersatzpflichtig macht.[7]

III. Werden mit der Inhaberschuldverschreibung Zinsscheine ausgegeben, so begründen sie Zinsschulden. Nur bleiben die Zinsscheine im Zweifel in Kraft, auch wenn die Hauptforderung erlischt.[8]

Eine andere Beschaffenheit haben die Gewinnanteilscheine, — sog. Dividendenscheine.[9] Sie haben nur Inhalt, wenn Reingewinn zu verteilen ist; erlischt das Hauptrecht, so werden sie daher gegenstandslos.

IV. Zur Erhebung neuer Zins- und Rentenscheine werden häufig den Inhaberschuldverschreibungen auf den Inhaber lautende Erneuerungsscheine, sog. Talons beigegeben.[10]

Diese Erneuerungsscheine sind, wenn nicht auf der Urkunde anderes bestimmt ist, keineswegs Inhaberpapiere, sondern bloße und zwar eigenartig beschränkte Legitimationspapiere. Denn die neuen Zins- oder Rentenscheine dürfen nach § 805 an den Inhaber des Erneuerungsscheines nicht ausgegeben werden, wenn der Inhaber der Schuldverscheibung der Ausgabe widersprochen hat. Was der Anlaß zum Widerspruch ist, sei es Verlust des Erneuerungsscheins, sei es ein anderer Umstand, ist gleichgültig. Die Scheine sind im Falle des Widerspruchs dem Inhaber der Schuldverschreibung auszuhändigen, wenn er der Ausgabestelle die Schuldverschreibung vorlegt.

---

7) Auch in dieser Beziehung sind die Sätze maßgebend, welche die Praxis bezüglich der Einwendungen gegen einen Wechsel entwickelt hat. Vgl. Staub Anm. 14 zu H.G.B. § 364 und Planck Anm. 5 zu § 796. — Auch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 kann sich eine Einrede für den Schuldner ergeben, z. B. wenn er Zahlung geleistet hatte und der Gläubiger an einen Gutgläubigen verschenkt. Hellwig, Rechtskraft S. 295.

8) Vgl. das Nähere oben § 18 Ziff. 5.

9) Vgl. darüber Staub Anm. 15 zu § 213 mit Literatur.

10) Deneke in Iherings Jahrb. Bd. 42 S. 352: Der Erneuerungsschein; Jacobi, Die Wertpapiere im bürg. Recht S. 289, sowie ausführlich Planck Anm. 1 zu § 805 und dort Angef.; Staub Anm. 14 zu § 213.

Entsprechende Bestimmung trifft H.G.B. § 230 für Erneuerungsscheine über die Dividenden auf Aktien und Interimsscheine.[11] [12]

§ 151. Erlöschen durch Zeitablauf.

I. Nach früherem Rechte stand dem Anspruch aus Inhaberschuldverschreibungen Verjährung nach den allgemeinen Verjährungsgesetzen entgegen. Dazu kamen aber Spezialvorschriften für gewisse Arten von Inhaberschuldscheinen, namentlich für Staatsschuldscheine und für Zinsscheine; es waren auch die besonderen Bestimmungen zahlreicher Privilegien und Statuten bezüglich der Verjährung in Betracht zu ziehen.

II. Das B.G.B. hat für künftig auszugebende Inhaberschuldverschreibungen einheitliche Vorschriften getroffen, und zwar hat es in den §§ 801 und 802[1] eine Ausschlußfrist angeordnet.

1. Der Anspruch aus der Inhaberschuldverschreibung erlischt hiernach mit dem Ablauf von 30 Jahren[2] nach dem Eintritte der für die Erfüllung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe der Frist dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird, § 801 Abs. 1 Satz 1.[3]

2. Für Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre; die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Leistung fällig wurde, § 801 Abs. 2.

Dies gilt auch für Dividendenscheine von Aktien und ähnlichen Inhaberpapieren.

3. Ist die Vorlegung geschehen, so verjährt der Anspruch in

---

11) Im wesentlichen entspricht die Bestimmung des B.G.B. dem bisherigen Recht, R.O.H.G. Bd. 10 S. 313 ff.; R.G. Bd. 3 S. 153, Bd. 4 S. 141; vgl. Max König, Die Haftpflicht des Verkäufers von Inhaberpapieren 1892, dazu Pappenheim in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 40 S. 617.

12) Es steht freilich nichts im Wege, den Anspruch auf die künftig verfallenden Zinsen und Dividenden ohne das Hauptrecht abzutreten oder das Hauptrecht ohne die künftigen Dividendenscheine. Dann gebühren dem Nutznießer Dividendenscheine und Talons, und dann geht der Inhaber des Talons hinsichtlich des Bezugs der Dividendenscheine dem Inhaber der Haupturkunde vor. Vgl. R.G. Bd. 23 S. 268; Brunner, Wertpapiere a. a. O. S. 204.

1) E. I § 691 ff.; Mot. Bd. 2 S. 703 heben hervor, eine Verjährung anzuordnen, wäre deshalb bedenklich, weil ein neuer Erwerber nicht Rechtsnachfolger seines Vormannes ist, so daß sich die Fortsetzung der gegen den Vormann begonnenen Verjährung gegenüber seinem Nachmanne nicht rechtfertigen würde.

2) Für die Berechnung der Frist gelten die allgemeinen Regeln des § 186 ff. Dazu kommen aber besondere Vorschriften bezüglich der Hemmung des Fristablaufs im Falle der Zahlungssperre, § 802.

3) [Ist eine Zeit für die Erfüllung nicht bestimmt, so gibt es auch keine Vorlegungsfrist, und die Verjährung ist die gewöhnliche. So Planck Anm. 1 e zu § 801, vgl. dort die Literatur. Staudinger zu § 801 III.]

zwei Jahren, von dem Ende der Vorlegungsfrist an, § 801 Abs. 1 Satz 2.[4]

4. Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde gleich. Dies gilt aber wohl nur für den Anspruch auf Leistung, nicht für eine etwaige Feststellungsklage.

Die Geltendmachung kann durch Klageerhebung, nicht minder durch gerichtliche Schritte geschehen, welche § 209 bezüglich der Unterbrechung der Anspruchsverjährung einer Klageerhebung gleichstellt.

5. Der Aussteller ist nicht befugt, schlechthin auf die Vorlegung der Urkunde innerhalb einer Frist zu verzichten,[5] wohl aber berechtigt, durch Vermerk auf der Urkunde die Ausschlußfrist zu verlängern oder zu verkürzen, § 801 Abs. 3.

6. Nach Ablauf der Vorlegungsfrist muß der Gläubiger, um sein Recht zur Geltung zu bringen, beweisen, daß die Vorlegung oder die Geltendmachung des Anspruchs innerhalb der Vorlegungsfrist geschah. Sein Interesse zwingt ihn also dazu, sich, wenn die Einlösung nicht unmittelbar nach der Vorlegung geschieht, einen Beweis für sie zu sichern.

7. Nach den bisherigen Landesgesetzen knüpfte sich die Hemmung der Verjährung bei Inhaberpapieren fast durchgängig an das Aufgebotsverfahren behufs Amortisation des Inhaberpapiers.

Nach B.G.B. § 802 knüpft sich die Hemmung der Vorlegungsfristen wie der Verjährungsfristen an die gerichtliche Zahlungssperre, welche auf Antrag nach oder zugleich mit der Einleitung des Aufgebotsverfahrens — Z.P.O. § 1019 —, in dem Falle des § 1020 aber auch schon vorher anzuordnen ist.

Die Hemmung beginnt mit dem Antrag auf Zahlungssperre und endigt mit der Erledigung des Aufgebotsverfahrens. Falls die Zahlungssperre vor Einleitung des Verfahrens verfügt war, endigt sie mit Ablauf von 6 Monaten seit Beseitigung des der Einleitung entgegenstehenden Hindernisses.

§ 152. Umwandlung der Inhaberpapiere in Namenpapiere.

I. Nach dem bisherigen preußischen wie nach gemeinem Rechte stand dem Inhaber des Papiers frei, es durch Außerkurssetzung in ein Namenpapier zu verwandeln.[1]

---

4) Also nicht etwa von der Vorlegung der Urkunde an.
5) Vgl. des näheren Planck Anm. 2 b zu § 801.
6) Vgl. Planck Anm. 1 d zu § 801. And. Anf. Jacobi a. a. O. S. 269.

1) Marsson, Die Außerkurssetzung der Inhaberpapiere 1887.

Dies konnte wenigstens in Preußen grundsätzlich selbst durch privaten Vermerk auf der Urkunde geschehen. Eine Wiederinkurssetzung war möglich, aber nur durch eine zuständige Behörde, weil die Legitimation des Inkurssetzenden festgestellt sein mußte.

Die Befugnis zur Außerkurssetzung war namentlich in Fällen wichtig, in welchen man die Inhaberpapiere Dritten, z. B. Vormündern, Beamten, Vorständen und Vertretern von Korporationen und von Stiftungen anvertrauen mußte.

Aber sie war für den Verkehr lästig. Außer Kurs und wieder in Kurs gesetzte Papiere wurden häufig nicht als vollwertige angesehen. Die Vertreter des Handelsstandes befürworteten daher die Beseitigung des Instituts der Außerkurssetzung sehr entschieden.

II. Dem folgte das B.G.B. Dies Institut gehört für Deutschland der Rechtsgeschichte an. Denn § 806 Satz 1 bestimmt: Die Umschreibung einer auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten kann nur noch durch den Aussteller geschehen.[2]

Selbstverständlich bedarf solche Umschreibung des Einverständnisses mit dem Inhaber.

Eine gesetzliche Verpflichtung des Ausstellers zu solcher Umschreibung besteht nicht, soweit nicht ein anderes aus der Urkunde folgt, § 806 Satz 2.[3]

Das Papier bleibt nach der Umschreibung auf Namen Wertpapier. Erfüllung kann nur gegen Vorlegung des Papiers beansprucht werden.

Die Vorschriften über die Ausschließungszeit greifen gegenüber solchen Namenpapieren nicht ein.

§ 153. Verknüpfung der Schuld mit dem Papier, Kraftloserklärung.

I. Die Inhaberforderung ist mit dem Papiere verknüpft, sie ist nach einem häufig gebrauchten bildlichen Ausdruck in ihm verkörpert. Mit Ausstellung der Urkunde entsteht sie, mit dem Papiere geht sie über, nur gegen Aushändigung der Urkunde ist der Aussteller zur Leistung

---

2) Vgl. Einf.Ges. Art. 176.

3) Nach Art. 18 des Ausführungsgesetzes zum B.G.B. — zulässig nach Art. 101 des Einf.Ges. — kann der Inhaber bei Inhaberschuldverschreibungen, welche von einer preußischen Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts ausgestellt sind, auf seine Kosten vom Aussteller Umschreibung auf den Namen, sowie Rückwandelung in ein Inhaberpapier fordern. — Vgl. Just.Min.Verf. v. 30. Dez. 1899, Just.Min.Bl. 1900 S. 4 sowie Art. 97 als Einf.Ges. zum B.G.B.

verpflichtet, § 797 Satz 1. Er kann fordern, daß dies im Falle seiner Verurteilung zur Leistung im Urteilstenor ausgesprochen wird.

Der Aussteller erwirbt das Eigentum an der Urkunde infolge Befriedigung des Inhabers, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt war, weil er sie z. B. entwendet oder veruntreut hat, § 797 Satz 2. Dies, damit nicht der bisherige Eigentümer des Papiers, z. B. der Bestohlene, es nachträglich vom Aussteller vindizieren kann, um dann, im Besitze des Papiers, neue Erfüllung zu fordern. Der § 797 Satz 2 ergänzt also und erweitert die im § 935 getroffenen Vorschriften über den redlichen Erwerb gestohlener oder abhanden gekommener Inhaberpapiere, unterscheidet aber nicht, ob der Aussteller bei der Zahlung an den nichtberechtigten Inhaber den Mangel seiner Verfügungsberechtigung kannte oder nicht.

II. Das Papier ist nur Mittel, um dem Verkehr mit Inhaberpapieren zu dienen, daher kann es durch ein anderes Papier ersetzt werden; daher kann unter Umständen das Gläubigerrecht die Inhabung des Papiers überdauern.

III. Das Papier, an welches sich die Forderung knüpft, kann derart verunstaltet oder beschädigt sein, daß es sich zum Umlauf im Verkehr nicht mehr eignet, obwohl der wesentliche Inhalt des Papiers und seine Unterscheidungsmerkmale noch erkennbar sind. Dann hat der Inhaber das Recht, gegen Aushändigung der nicht mehr umlaufsfähigen Urkunde eine neue vom Aussteller zu fordern.[1] Die Kosten hat der Inhaber zu tragen und vorzuschießen, § 798. Dies Recht hat der Inhaber als solcher, nicht also bloß der verfügungsberechtigte Inhaber.

Bei Aktien oder Interimsscheinen kann der Berechtigte nach H.G.B. § 229 entsprechend Aushändigung einer neuen Urkunde fordern.

IV. Die verlorene oder vernichtete Urkunde kann endlich gerichtlich für kraftlos erklärt — amortisiert — werden, B.G.B. §§ 799, 800.[2]

Die Kraftloserklärung des Inhaberpapiers geschieht im Aufgebotsverfahren, sie findet in Z.P.O. §§ 1004 ff. besondere Regelung.

---

1) Vgl. die entsprechenden Vorschriften des Ges. betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen v. 30. April 1874 § 6 Abs. 2 sowie des Bankgesetzes v. 14. März 1875 § 4 Abs. 2.

2) Adelmann, Die Kraftloserklärung von Urkunden im Aufgebotsverfahren 1904; Jacobi a. a. O. S. 114.

Zur Sicherung des Erfolgs des Verfahrens dient vorzugsweise die Zahlungssperre. Diese enthält das Verbot an den Aussteller wie auch an die in dem Papier und an die vom Antragsteller bezeichneten Zahlungsstellen, dem Inhaber des Papiers eine Leistung zu machen, insbesondere neue Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine oder einen Erneuerungsschein auszugeben. Die Zahlungssperre ist vom Gericht auf Antrag zu erlassen. In der Regel setzt sie die Einleitung des Aufgebotsverfahrens voraus, Z.P.O. § 1019. Ist diese Einleitung aber um deswillen noch nicht zulässig, weil der Aufgebotstermin über ein Jahr hinaus bestimmt werden mußte, weil vorher die Zeit der Ausgabe neuer Zinsscheine abzuwarten ist, so kann die Zahlungssperre auch schon vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens statthaft sein, § 1020.

Die Zahlungssperre ist von Amts wegen aufzuheben, wenn das Aufgebotsverfahren erledigt wird, ohne daß es zum Erlaß eines Ausschlußurteils führt, Z.P.O. § 1022.

Im einzelnen ist hervorzuheben:

1. Die Kraftloserklärung ist nach B.G.B. allgemein bei Inhaberschuldverschreibungen zulässig. Sie beschränkt sich also keineswegs bloß auf die Geldzahlung verheißenden Papiere.

Für Aktien und Interimsscheine sind die Vorschriften des B.G.B. § 799 Abs. 2 und § 800 entsprechend anzuwenden, H.G.B. § 228.

2. Dem Aussteller der Urkunde, sei es der Staat, eine juristische Person oder ein Privater, bleibt es überlassen, die Zulässigkeit der Kraftloserklärung in der Urkunde auszuschließen, § 799 Abs. 1 Satz 1.

3. Der Kraftloserklärung unterliegen nicht

a) Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, jedoch ist der Verlierer nicht ganz ohne Schutz, § 804, worüber unten — unter Ziff. 6 — das Nähere.

b) Ferner sind nicht amortisierbar auf Sicht zahlbare unverzinsliche Schuldverschreibungen. Dies entspricht dem Ausschlusse der Amortisation der Banknoten durch Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 § 4 und hat seinen Grund im öffentlichen Interesse an der Erleichterung des Umlaufs solcher Papiere.

4. Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu erteilen und die nötigen Zeugnisse auszustellen. Der bisherige Inhaber hat die Kosten der Zeugnisse zu tragen und vorzuschießen, § 799 Abs. 2.

5. Wer das Ausschlußurteil zu seinen Gunsten erwirkt hat, ist befugt, die Rechte, welche durch die Urkunde verbrieft waren, gegenüber dem durch die Urkunde Verpflichteten geltend zu machen, wie wenn er der Inhaber der Urkunde wäre, Z.P.O. § 1018 Abs. 1. Er kann aber auch die Erteilung eines neuen Inhaberpapiers an Stelle des für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen, § 800. Er hat dies Recht, mag die Schuld bereits fällig sein oder nicht.

Es ist nicht unerläßlich, daß das neue Inhaberpapier dieselbe Form wie das alte hat, der Aussteller ist namentlich im Fall einer noch nicht beendigten Massenemission befugt, an Stelle der amortisierten Verschreibung eine neue, aus der Zahl der noch nicht emittierten Verschreibungen zu geben. Bei Lospapieren wird dies aber nicht anzunehmen sein, weil hier ein, wenn auch nur imaginäres Interesse an der Nummer des verlorenen Papiers bestehen kann.

6. Wenn auch Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine der Kraftloserklärung nicht unterliegen, so soll der Aussteller doch nicht ihren Betrag auf Kosten des Verlierers gewinnen.

Zu diesem Zweck eröffnet § 804 dem Verlierer einfache Wege, um sich das Recht auf den geschuldeten Betrag zu erhalten.[2] Es wird von ihm nur gefordert, daß er dem Aussteller den Verlust des Scheins vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist, § 801 Abs. 2, anzeigt.

Der Anspruch des Verlierers ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller vorgelegt oder der Anspruch aus dem Scheine gerichtlich geltend gemacht wurde, es sei denn, daß dies erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist geschehen wäre.

Man sollte erwarten, daß der Aussteller auch den Nachweis der Einlösung des Scheins führen müsse, wenn er sich der Erfüllung an den Verlierer weigert. Man erachtete dies aber als unpraktisch, namentlich um deswillen, weil größere Kreditinstitute die Nummern der von ihnen eingezogenen Zinsscheine nicht zu buchen pflegen, weil es auch

---

3) Der Aussteller kann dies Recht durch Vermerk auf dem Schein ausschließen, § 804 Abs. 2; das Landesrecht darf dies bei Schuldverschreibungen des Staates oder seiner juristischen Personen öffentlichen Rechtes auch ohne Vermerk, Einf.Ges. Art. 100 Ziff. 2. Das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. Art. 17 § 2 macht hiervon Gebrauch, vgl. die entsprechende Vorschrift im § 16 Abs. 2 der Reichsschuldenordnung v. 19. März 1900.

dem Aussteller nicht zuzumuten sei, die Quittungen über die Zahlung bis zum Ablaufe der Verjährung von vier Jahren aufzubewahren.

Ist die Vorlegung des Scheins oder die gerichtliche Geltendmachung innerhalb der Vorlegungsfrist erfolgt, so kann der Aussteller demjenigen, welcher ihm den Verlust des Papiers angezeigt hat, Mitteilung von der Vorlegung machen. Der angebliche Verlustträger mag dann dem zeitigen Inhaber der Urkunde gegenüber sein besseres Recht erstreiten und tunlichst eine einstweilige gerichtliche Verfügung zu seinem Schutz erwirken. Der Aussteller ist jedoch zu jener Mitteilung an den angeblichen Verlierer keineswegs verpflichtet.

Der Verlierer hat dem Aussteller gegenüber, auch wenn die Vorlegungsfrist ohne Vorlegung des Scheins verstrichen ist, seinen Verlust nachzuweisen, im Streitfalle zu beweisen.

Der Anspruch des Verlierers verjährt in vier Jahren, die Verjährung beginnt mit dem Ablaufe der Vorlegungsfrist.[4]

§ 154. Die Legitimationspapiere.

I. Legitimationspapiere geben dem Inhaber kein Gläubigerrecht; sie sind den Inhaberpapieren nur dadurch verwandt, daß der Aussteller berechtigt ist, dem Präsentanten des Papiers zu leisten, ohne verpflichtet zu sein, dessen Legitimation zu prüfen.[1]

II. Solche Papiere können Schuldverschreibungen sein, § 808. Es gehören dahin in der Regel Sparkassenbücher,[2] Versicherungs-,[3] Pfand- und Depotscheine. [Dagegen nicht Schecks, die auf den Namen „oder Überbringer" lauten. Denn diese sind wirkliche Inhaberpapiere, § 4 Scheckges.]

Sie können ferner zweifelsohne in Karten und Marken bestehen, z. B. Postablieferungsscheine der Reichspost.[4]

---

4) [And. Ans. Planck Anm. 3 zu § 804. Nach ihm beginnt die Verjährung erst mit dem Ende des Jahres, in welchem die Vorlegungsfrist abgelaufen ist.]

1) Oben § 146.

2) O.Trib. Bd. 47 S. 419. Vgl. auch R.G. in Seuff. Archiv Bd. 36 S. 113; Gruchot Bd. 25 S. 731; Jur.Woch. 1897 S. 176 — Vgl. Strohal in Das Recht 1901 S. 158, Das Sparkassenbuch im Sachenrecht; Schneider in Ztschr. Unlauterer Wettbewerb Jahrg. 2, Heft 12, Das Recht auf den Namen Sparkasse.

3) R.O.H.G. Bd. 3 S. 342; R.G. Bd. 22 S. 218; Bd. 29 S. 301; Bd. 51 S. 86; O.L.G. Oldenburg und O.L.G. Hamburg Rechtspr. d. O.L.G. S. 86 und 87.

4) Postgesetz vom 28. Oktober 1871 § 28. [Die Arbeiterversicherungs-

III. Mit den Inhaberpapieren haben die Legitimationspapiere nicht bloß gemein, daß der Schuldner berechtigt ist, dem Inhaber zu erfüllen, sondern auch, daß sie Holschulden sind, daß der Schuldner nur gegen Aushändigung des Papiers erfüllen muß, daß das Papier wie ein Inhaberpapier im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden kann. Nach Einf.Ges. Art. 102 Abs. 2 kann anderes bestimmt werden.

Die Verjährung des Anspruchs ist die gewöhnliche. Die Zahlungssperre hemmt aber nach § 802 Beginn und Lauf der Verjährung.

IV. Die übrigen Rechtsregeln der Inhaberpapiere finden auf Legitimationspapiere keine Anwendung.

Auch die Kraftloserklärung des Papiers verpflichtet den Aussteller nicht, dem Inhaber, welcher es erwirkt hat, zu leisten, so daß er vielmehr den Nachweis des Gläubigerrechts des Inhabers fordern kann. Sie gibt dem Aussteller aber das Recht, dem letzten Inhaber zu leisten.

Die Forderung geht nicht durch Übergabe über, fordert vielmehr rechtsgültige Abtretung außer der Übergabe. Dem Schuldner verbleiben die Einreden, welche ihm gegen seinen ursprünglichen Gläubiger zustanden, und die Einreden gegen Zwischengläubiger schlechthin nach den Grundsätzen der Abtretung.

§ 155. Die vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Inhaberpapiere.[1]

I. Massenhaft fanden sich im Deutschen Reiche zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. Inhaberschuldverschreibungen, welche zum Teil noch für lange Zeit hinaus Geltung haben und umlaufen werden.

Nach allgemeinen Grundsätzen wären solche Inhaberpapiere dauernd nach dem Recht ihrer Entstehungszeit zu beurteilen.[2]

Doch konnte dies nicht ausnahmslos durchgeführt werden, da sonst im Verkehr der Inhaberpapiere im Laufe des Jahrhunderts böse Verwirrung und Rechtsverdunkelung die unausbleibliche Folge gewesen wäre.

II. Nach B.G.B. Art. 174—178[3] gelten daher folgende Normen:

1. Das Recht, das zur Zeit der Ausstellung des Papiers[4]

---

marken rechnet Rosin: Das Recht der Arbeiterversicherung Bd. 2 (1905) S. 409 ff. zu den Inhaberpapieren im Sinne von § 807. Dagegen Gierke a. a. O. S. 156 III.]

1) Habicht, Einwirkung des B.G.B. S. 247.

2) Vgl. Einf.Ges. Art. 170 oben § 2, III.

3) E. I Art. 105, welcher von „Inhaberpapieren" handelte, bildete nur im allgemeinen die Grundlage.

4) Vgl. Habicht a. a. O. S. 248. Als Zeit der Ausstellung ist das in der Urkunde angegebene Datum anzusehen.

galt, ist im allgemeinen für die Frage der Begründung des Inhaberpapiers, bezüglich der Form wie der materiellen Bedingungen des Entstehens maßgebend. Auch für die Rechte und Pflichten aus dem Inhaberpapier bleibt jene Zeit entscheidend. Daher namentlich für die Frage, wer aus dem Papier berechtigt ist, und welche Einwendungen dem Inhaber entgegengestellt werden können.

Auch die Verjährung der Ansprüche aus den älteren Inhaberschuldverschreibungen bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen, Einf.Ges. Art. 174 Abs. 2. In dieser Hinsicht tritt jedoch die neue Bestimmung ein, daß die Verjährung im Beginn und im Laufe durch die gewöhnliche Zahlungssperre zugunsten des Antragstellers gehemmt wird, § 802 Einf.-Ges. Art. 174 Abs. 2.

Das bisherige Recht wird noch über die allgemeinen Grundsätze hinaus durch die Bestimmung des Einf.Ges. Art. 175 erhalten, wonach Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, die nach dem Inkrafttreten des B.G.B. für ein älteres Inhaberpapier — also auch für Aktien[5] — ausgegeben werden, den Normen des alten Rechts unterstehen.[6]

2. Das neue Recht findet aber nach Einf.Ges. Art. 174 Abs. 1 auf ältere Inhaberpapiere Anwendung

a) hinsichtlich der Kraftloserklärung abhanden gekommener oder vernichteter Inhaberschuldverschreibungen, §§ 799, 800. Entsprechendes gilt nach Einf.Ges. z. H.G.B. Art. 25 für ältere Aktien.

Mit Recht erschien die sofortige Einführung eines einheitlichen Rechts bei dieser für den Verkehr mit Inhaberpapieren so wichtigen Materie dringendes Bedürfnis.

Ein zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. anhängiges Amortisationsverfahren wie die Wirkung des Verfahrens richtet sich dagegen noch nach dem alten Gesetze, Einf.Ges. Art. 178.

b) Die Vorschriften der §§ 798, 806 Satz 1 hinsichtlich der Verpflichtung des Ausstellers zur Erteilung einer neuen Schuldverschreibung, wie auch zur Umschreibung einer Inhaberschuldverschreibung auf Namen sind gleichfalls für ältere Inhaberpapiere in Geltung gesetzt, Art. 174 Satz 1.

---

5) Habicht a. a. O. S. 256.

6) Das alte Recht gilt nach Art. 174 Abs. 1 Satz 2 auch für die Kraftloserklärung und Zahlungssperre hinsichtlich der auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen, sowie der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine; Habicht a. a. O. S. 257. Für solche Scheine gelten außerdem die Begünstigungen des Verlieres nach § 804.

c) Den tiefsten Eingriff in das bestehende Recht macht der Art. 176 des Einf.Ges., wonach die Außerkurssetzung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber nach dem 1. Januar 1900 nicht mehr stattfindet, ja eine vorher erfolgte Außerkurssetzung mit dem Inkrafttreten des B.G.B. ihre Wirkung verliert.[7] Entsprechendes gilt nach Einf.Ges. z. H.G.B. Art. 26 auch für Inhaberaktien.

Dies wird jedoch nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts nur auf solche Papiere zu beziehen sein, welche innerhalb des Deutschen Reichs ausgestellt sind.[8]

Die Außerkurssetzung von Sparkassenbüchern, welche von den preußischen Vormundschaftsgerichten bisher häufig angeordnet wurde, ist durch das B.G.B. nach Einf.Ges. Art. 99 nicht berührt.[9]

Fünfter Abschnitt.

Die Schuldübernahme.

§ 156. Die Schuldübernahme im allgemeinen.[1]

I. Im Gegensatz zum römischen Recht entwickelte sich auf deutschem Boden die Schuldübernahme, bei welcher der Schuldner wechselt, das Schuldverhältnis aber gleichwohl als das alte gilt.

---

7) E. I des E.G. § 105 Abs. 2 Satz 2 wollte ältere Außerkurssetzungen in Kraft belassen. Bei der zweiten Lesung wurde deren Unwirksamkeit beschlossen, vorzugsweise um deswillen, weil den älteren Außerkurssetzungen häufig das Datum fehle, daher sich später nicht feststellen lasse, ob sie vor oder nach dem 1. Januar 1900 erfolgten.

8) Vgl. Habicht a. a. O. S. 253 Anm. 1; R.G. Bd. 4 S. 139.

9) Nach Art. 75 § 2 des Preußischen Ausführ. Ges. zum B.G.B. ist, wenn vor dem Inkrafttreten des B.G.B. ein Sparkassenbuch außer Kurs gesetzt ist, zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Sind Papiere anderer Art, welche dem Mündel gehören, vor Inkrafttreten des B.G.B. außer Kurs gesetzt, so hat sie der Vormund fortan nach § 1814 zu hinterlegen oder die sonstigen dort vorgeschriebenen Sicherheitsmaßregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht ist bei eigener Verantwortung verpflichtet, die Ausführung dieser Maßregeln zu überwachen. — Vgl. Deutsche Jur.Zeitung 1899 S. 110.

1) Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden 1853; Regelsberger in Endemanns Handbuch Bd. 2 S. 532; v. Blume, Schuldübernahme in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 390; Regelsberger daselbst S. 463; Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte S. 159, dort Anm. 33 weitere Literatur; Brettner, Die Schuldübernahme bei Gruchot Bd. 42 S. 790; v. Blume in Iherings Jahrb. Bd. 40 S. 106; Kah in Puchelts Ztschr. Bd. 30 S. 332; Haberkamp in D.Jur. Ztg. 1901 S. 530; Jacoby das. 1904 S. 211; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis 1904. Jacoby: Ist der Schuldübernehmer Rechts-

Demzufolge kennt auch das B.G.B. die Schuldübernahme, mittels deren ein neuer Schuldner in ein bestehendes Schuldverhältnis eintritt.[2]

Meist ist die Schuldübernahme Bestandteil eines Geschäfts, welches dem Schuldübernehmer Werte verschafft, aus denen nach der Verkehrsauffassung die übernommene Schuld zu tilgen ist. Doch hat das Gesetz seine Vorschriften nicht auf solche Fälle beschränkt.

Die Schuldübernahme zerfällt in zwei Arten: in die befreiende — privative — und in die bestärkende — kumulative. Bei der befreienden Schuldübernahme tritt der neue Schuldner an die Stelle des bisherigen Schuldners, des sog. Urschuldners, als Sondernachfolger, bei der bestärkenden wird er neben dem Schuldner verpflichtet, so daß eine Gesamtschuld entsteht.

Die Vereinbarung einer bloß kumulativen Schuldübernahme ist selten.

Nur von der befreienden Schuldübernahme handelt das B.G.B. § 414 ff.

II. Schuldübernahme im Sinne des B.G.B. ist das Geschäft, durch welches man sich dem Gläubiger als Schuldner an Stelle des bisherigen verbindet.

Andere Natur hat der Vertrag, durch welchen sich jemand nur dem Schuldner verpflichtet, statt seiner in das Schuldverhältnis einzutreten.[3] Es verspricht z. B. der Schwiegervater dem Bräutigam seiner Tochter, dessen Schulden zu übernehmen.

Dieses Geschäft bezeichnet man als „Erfüllungsübernahme". Man nennt es auch interne Schuldübernahme im Gegensatze zur eigentlichen, der „externen".

Bei der Erfüllungsübernahme nehmen die Beteiligten, wie der Wortlaut des Geschäfts zeigt, zunächst in Aussicht, daß der Eintritt des sich

---

nachfolger i. S. d. §§ 325, 727, 729 Z.P.O.; über die kumulative Schuldübernahme vgl. Josef in D.Jur.Ztg. 1903 S. 422, Neuburger in Jahrb. d. württmbg. Rechtspflege Bd. 14 Heft 3; Kulemann in Das Recht 1903 S. 286; Hellbach das. 1903 S. 335, David das. 1903 S. 356; Salinger in Kohlers Arch. Bd. 28 S. 81; Silbermann in Seuff.Bl. f. Rechtsanw. 1903 S. 365 und 1905 S. 157; Martinius bei Gruchot Bd. 49 S. 181.

2) Besteht eine Schuld nicht, so ist auch eine Schuldübernahme nicht möglich. Deshalb ist jedoch ein Vertrag, in welchem sich ein Kontrahent verpflichtet, für den Fall der Ungültigkeit der ursprünglichen Obligation, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des ursprünglichen Schuldners, zu leisten, keineswegs nichtig. Nur ist dieser Vertrag keine Schuldüberiahme.

3) Vgl. R.G. v. 14. November 1904 Bd. 59 S. 232.

Verpflichtenden in die Schuld an Stelle des Urschuldners erfolgt. Doch liegt hierin nur ein den Beteiligten besonders nahe liegendes Mittel der Entlastung des Schuldners. Die Absicht ist einzig die seiner Befreiung. Sie kann daher auf jede andere Weise geschehen, sei es durch Erfüllung, durch Aufrechnung oder sonstige Schuldtilgung.

III. Eine kumulative Schuldübernahme kann ähnliche Zwecke wie eine Bürgschaft verfolgen, ist jedoch von ihr begrifflich und rechtlich verschieden. Die Bürgschaftserklärung ist eine Haftung für fremde Schuld, während der Schuldübernehmer die Schuld als eigene übernimmt. Demgemäß hat der Bürge, welcher die Schuld tilgt, einen Regreßanspruch gegen den dadurch befreiten Schuldner, während in Ermangelung besonderer Vereinbarung dem Übernehmer ein Anspruch aus der Tilgung der übernommenen Schuld gegen den ursprünglichen Schuldner nicht erwächst. [In den meisten Fällen ist eine bloße Verbürgung, also eine von der Verbindlichkeit des Schuldners abhängige Verpflichtung beabsichtigt. Für diese aber gilt das Erfordernis der Schriftform, B.G.B. § 766.[4]]

§ 157. Die Schuldübernahme im engeren Sinne.

I. Ohne Willen des Gläubigers kann ihm ein neuer Schuldner an Stelle des alten Schuldners nicht aufgedrängt werden. Es muß also notwendig für die privative Schuldübernahme vorhanden sein einmal der Wille des Schuldübernehmers, statt des bisherigen Schuldners in die Schuld einzutreten, zweitens der Wille des Gläubigers, ihn als den Schuldner anzunehmen.

Das B.G.B. kennt eine doppelte Form, mittels deren dieser beiderseitige Wille erklärt wird.

II. Der einfache Weg ist der eines Vertrags des Gläubigers und des Übernehmers über dessen Eintritt in die Schuld, § 414.[1]

---

4) [Man wird Bürgschaft anzunehmen haben, wenn der für die Schuld eines anderen Eintretende kein eigenes wirtschaftliches Interesse, sondern nur die Absicht hat, dem anderen Kredit zu verschaffen, Schuldübernahme dann, wenn dem Eintretenden die Vorteile aus dem Rechtsgeschäfte des anderen ganz oder teilweise zugute kommen, so daß für ihn ein eigenes wirtschaftliches Interesse an dem die Hauptschuld begründenden Vertrage besteht. R.G. 59, 233; 64, 318. Gruchot Beitr. 50, 946. Seuff.Arch. 63 S. 389. Über die Frage s. jetzt auch Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt 1908.]

1) E. I Mot. Bd. 2 S. 413; Prot. Bd. 1 S. 405, Bd. 6 S. 169. Dieses Mittel ist ein Angebinde, welches Windscheid § 338 n. 6 der neuen Gesetzgebung

Der bisherige Schuldner hat hierbei keine Mitwirkung. Allerdings wird meist eine vorgängige Vereinbarung zwischen Schuldner und Übernehmer zugrunde liegen. Wesentlich ist dies dem Geschäfte nicht; es ist möglich, daß die Schuldübernahme ohne Wissen, ja gegen den Willen des Urschuldners geschieht.

III. Der andere Weg, welchen B.G.B. § 415 gewährt, ist eigenartig.

Dabei erklärt sich der Übernehmer mittels Vertrags mit dem Urschuldner zum Schuldner von dessen Gläubiger.

Die Übernahme vollzieht sich auf Grund der Mitteilung dieses Geschäfts durch den Urschuldner oder den Übernehmer der Schuld an den Gläubiger und durch dessen Genehmigung.[2 3]

Das Besondere liegt vorzugsweise darin, daß der Urschuldner legitimiert ist, die Mitteilung zu machen und die Genehmigung des Gläubigers einzuholen.

Soweit die Mitteilung durch den Übernehmer selbst geschieht, ist in ihr zugleich ein Antrag an den Gläubiger enthalten, in die Schuldübernahme zu willigen, welcher durch die Genehmigung des Gläubigers zum Vertrage wird.[4]

---

gemacht hat. Der Erfinder der Konstruktion war Gürgens in Jherings Jahrb. Bd. 8 S. 221. Aber auch Regelsberger, Archiv für ziv. Praxis Bd. 67 S. 24 vertrat sie.

2) Gegen diese Konstruktion des Gesetzes hat sich lebhafter Widerspruch erhoben. Dies neuerdings noch v. Blume in Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 390; Hellwig a. a. O. S. 159. Sie ist in der Tat eine bedenkliche. Doch schwerlich läßt sie sich einfach beiseite schieben. Man muß sich wohl damit begnügen, ungesunde Folgerungen, welche aus ihr gezogen werden können, abzulehnen.

3) Haben Urschuldner und Übernehmer einander Mitteilung zu machen, sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung durch den Gläubiger feststeht? Ja. Planck Anm. 6 zu § 415 aus dem Gesichtspunkte von Treu und Glauben.

4) Hält man daran fest, daß neben dem § 415 auch § 414 im gegebenen Falle zur Anwendung zu bringen ist, so kommt man in folgenden Fällen zu zweckentsprechenden Ergebnissen. Der Gläubiger hat die Genehmigung verweigert. Aber der Übernehmer erneuert, ohne mit dem Schuldner einen neuen Übernahmevertrag geschlossen zu haben, das Gesuch an den Gläubiger, er möge genehmigen, daß er gemäß der ihm früher gemachten Mitteilung an Stelle des Schuldners trete. Planck zu § 415 Ziff. 4 meint, die erneute Aufforderung an den Gläubiger und dessen Genehmigung sei dann regelmäßig ohne Wirkung! Obgleich also die Beteiligten über die Schuldübernahme einig sind, soll ihre Einigung nichts gelten. Das wäre widersinnig! Die Schuldübernahme ist vielmehr nach § 414 zustande gekommen, vgl. Hellwig a. a. O. S. 168, sowie neuerdings O.L.G. Frankfurt a. M. vom 28. September 1906 Recht 1906 Nr. 432. Ferner: unabhängig voneinander

In dem Geschäfte liegt im Zweifel zugleich Erfüllungsübernahme, welche den Übernehmer dem Urschuldner gegenüber zur Befreiung verpflichtet, § 415 Abs. 3.[5]

IV. Ob der Vertrag zwischen Urschuldner und Übernehmer den Beginn einer externen Schuldübernahme — im Sinne des § 415 — bildet, so daß auch der Urschuldner sie durch Mitteilung an den Gläubiger, welcher sie genehmigt, vollenden kann, oder ob eine bloß interne Erfüllungsübernahme vorliegt, ist lediglich Frage der Parteiabsicht und der Auslegung des Vertrags.

V. Die Genehmigung des Gläubigers ist ein einseitiges, sog. empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; sie kann formlos geschehen, § 182 Abs. 2.[6]

Die Erteilung wie die Verweigerung der Genehmigung kann sowohl dem Urschuldner wie dem Übernehmer gegenüber erklärt werden, § 182 Satz 1.

Hat der Gläubiger die Schuldübernahme im voraus gebilligt, so bedarf es keiner Genehmigung. Die Schuldübernahme wird dann unmittelbar mit dem Abschlusse des Vertrags zwischen Urschuldner und Übernehmer wirksam.[7]

Bis zur Genehmigung können die Vertragschließenden den Vertrag ändern oder aufheben, § 415 Abs. 1 am Schlusse. Er ist kein Vertrag zugunsten des Dritten; unmittelbar aus ihm erlangt der Gläubiger vor der Mitteilung und Genehmigung keine Rechte.

Der Gläubiger erwirbt Rechte nur, wenn seine Genehmigung vollkommen mit den in der Mitteilung enthaltenen Bedingungen übereinstimmt.

---

teilen Urschuldner und Übernehmer dem Gläubiger die Schuldübernahme mit, der Übernehmer setzt dabei eine längere Frist für die Genehmigung als der Urschuldner. Der Gläubiger genehmigt nach Ablauf der ersteren, aber binnen der letzteren Frist. Nach Planck § 415 Ziff. 5 Abs. 3 soll die Genehmigung ungültig sein, nachdem sie durch Schweigen innerhalb der vom Urschuldner gesetzten Frist als verweigert gilt. Und doch ist Gläubiger und Schuldübernehmer über den Übergang nachher einig geworden! Da muß doch § 414 helfen. Vgl. Hellwig a. a. O.

5) Das Gesetz spricht Folgen des Grundsatzes aus. Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert. Vgl. dazu des näheren Planck Anm. 7 zu § 415 sowie O.L.G. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 260 und Bd. 13 S. 402.

6) [Schlüssiges Verhalten genügt, bloßes Stillschweigen reicht nicht aus, R.G. v. 21. September 1905 Jur.Woch. 1905 S. 642.]

7) So auch Planck Anm. 3 zu § 415; Kamm.Ger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 49; R.G. v. 3. Mai 1905 Bd. 60 S. 415 sowie v. 27. Februar 1906 Jur.Woch. 1906 S. 303.

§ 158. Wirkungen der Schuldübernahme.

I. Der Schuldübernehmer übernimmt die Schuld, wie sie sich in der Person des Urschuldners gestaltet hat.

Er kann daher dem Gläubiger alle Einwendungen entgegenstellen, welche sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben, § 417 Abs. 1 Satz 1.[1]

Dies gilt auch für die Einwendungen, welche dem Schuldner bis zur Genehmigung des Übernahmevertrags durch den Gläubiger erwachsen.[2]

II. Zur Aufrechnung von Gegenforderungen des bisherigen Schuldners ist der Übernehmer nicht befugt, § 417 Abs. 1 Satz 2. Er würde sonst vertragswidrig aus dessen Mitteln, nicht aus den eigenen leisten. Auf eine vom bisherigen Schuldner vor der Übernahme erklärte — etwa teilweise — Aufrechnung kann er sich berufen.

III. Bezüglich der Frage, inwieweit die Gültigkeit der Rechtsnachfolge in die Schuld von der Gültigkeit des Vertrags zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer abhängt, spricht sich das Gesetz nicht aus.

Geschah die Rechtsnachfolge nach § 414 durch Vertrag zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger, so kommt es auf die Rechtsbeständigkeit eines etwaigen Vertrags des Übernehmers mit dem Urschuldner, welcher den Eintritt des Übernehmers veranlaßte, nicht an. Dieser Vertrag hat hier nur die Bedeutung eines Beweggrundes. Sollte aber die Rechtsnachfolge nach § 415 geschehen, so daß der Gläubiger nur den zwischen dem Urschuldner und dem Schuldübernehmer geschlossenen Vertrag genehmigte, so ist sie von der Rechtsbeständigkeit dieses Vertrags allerdings abhängig.

Aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse — seiner causa — zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber aber auch in diesem Fall Einreden nicht herleiten, § 417 Abs. 2.[3]

Hat daher der Käufer einer Sache im Kaufvertrage Schulden des Verkäufers übernommen und der Gläubiger des letzteren auf Mitteilung dies genehmigt, so kann der Käufer dem Gläubiger die Einrede des

---

1) E. I § 316 lautete wesentlich anders.

2) [And. Anf. Planck Anm. 1 zu § 417, der den Zeitpunkt des Abschlusses des Übernahmevertrags für maßgebend erklärt.]

3) Enger lautete E. I § 316 Satz 3.

nicht erfüllten Vertrags wie auch Einreden wegen Mangels der Kaufsache nicht entgegenstellen.[4]

IV. Da die Schuld, in welche der Schuldübernehmer eintritt, die alte bleibt, so erscheint folgerecht, daß sich die ihr zugehörigen Sicherheiten erhalten.[5] [6]

Allein allgemein ließ sich dies nicht festhalten. Der Bürge namentlich leistet die Bürgschaft unter Berücksichtigung der Zuverlässigkeit und der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Tritt an dessen Stelle ein anderer, so würde die Haftung des Bürgen, wenn sie fortbestehen sollte, auch ohne sein Zutun eine wesentlich veränderte sein, was unzulässig ist.

Daher erlöschen infolge der Schuldübernahme Bürgschaften; aber auch bestellte — nicht gesetzliche — Pfandrechte, wenn die verhaftete Sache einem Dritten oder auch dem Schuldner selbst gehört, § 418.[7] Dies gilt nicht minder für Vormerkungen.

Willigt der Bürge oder der Eigentümer der verhafteten Sache in die Schuldübernahme, so erhalten sich die Sicherheiten, welche ihn verbinden oder belasten.[8] [9] Ist der Schuldner Eigentümer der verhafteten Sache und gründet sich die Schuldübernahme auf einen Vertrag mit ihm — insbesondere nach § 415 — so liegt hierin natürlich seine Einwilligung in die Schuldübernahme.[10]

---

4) Einwendungen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Schuldübernehmer und dem Gläubiger sind zulässig. Hat z. B. der Übernehmer die Schuld in der irrigen Meinung übernommen, dem Gläubiger hierzu verpflichtet zu sein, so kann er ihm die Einrede wegen ungerechtfertigter Bereicherung entgegenstellen. Näheres hierüber Planck § 417 Ziff. 3 am Schlusse.

5) E. I § 317 sprach dies grundsätzlich aus. Der Satz wurde gestrichen. Es solle in jedem einzelnen Falle aus der Natur des in Frage kommenden Rechts in Verbindung mit dem Wesen der Schuldübernahme zu entnehmen sein, inwieweit das bestärkende Recht bestehen bleibt.

6) Da die Schuldübernahme eine Rechtsnachfolge auf der passiven Seite der Obligation darstellt, so kann gegen den Übernehmer einer vollstreckbaren Schuld eine Vollstreckungsklausel erteilt werden, § 727 Z.P.O. Ist eine rechtshängige Schuld übernommen, so greift § 325 Z.P.O. Platz. Vgl. Jacoby in D.Jur.Ztg. 1904 S. 211; Haverkamp das. 1901 S. 530.

7) E. I § 417; Mot. Bd. 2 S. 147; Prot. Bd. 1 S. 421.

8) [Vgl. über eine an die Bedingung des Weiterbestehens der Bürgschaft geknüpfte Genehmigung R.G. v. 11. Mai 1907 Recht 1907 Nr. 1627; s. auch R.G. v. 30. Mai 1907 Recht 1907 Nr. 1988.]

9) Hat ein zur Verpfändung nichtberechtigter Dritter das Pfand gegeben, so erlischt das Pfandrecht, wenn nicht der Berechtigte die Einwilligung erteilt. Der Schutz des § 1207 greift hier nicht Platz.

10) So auch Planck zu § 418 Ziff. 3.

Daß ein mit der Forderung im Falle des Konkurses des Schuldners verbundenes Vorrecht nicht im Konkurse über das Vermögen des Übernehmers geltend gemacht werden kann — § 418 Abs. 3 — ist selbstverständlich. Dies wäre ein ganz anderes Vorrecht.

§ 159. Übernahme eines Vermögens, eines kaufmännischen Geschäfts.[1]

I. Alte deutsche Auffassung war, daß die Schulden dem Vermögen des Schuldners, sowie, daß gewisse Schulden gewissen Vermögensteilen zugehören.

Dies wirkte im preußischen Rechte nach. Beim Vitalitienverträge bestimmte Anh. § 19 zu A.L.R. I, 11 § 646, daß im Fall ein Vermögen übertragen werde, der Übernehmer für die Schulden hafte;[2] gleiches nahm man für die Schenkung eines Vermögens an.[3] Nach demselben Grundgedanken haftete der Käufer einer Erbschaft den Erbschaftsgläubigern, A.L.R. I, 11 § 463.

II. Das B.G.B. § 419 schreibt für alle Fälle der Übernahme eines Vermögens vor, daß der Übernehmer vom Abschlusse des Vertrags an für alle zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche gegen den Veräußerer neben diesem hafte.[4]

Der Rechtssatz gilt selbstverständlich auch im Falle der Übernahme eines Vermögensbruchteils und findet Anwendung auch, wenn einzelne Gegenstände von der Übertragung ausgeschlossen sind.[5]

Die Verpflichtung knüpft sich lediglich an den Vertrag. Sie tritt ohne und selbst gegen den Willen der Vertragschließenden ein.[6]

---

1) Kohler in seinem Archiv für bürgerl. Recht Bd. 22 S. 1: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit.

2) Gruchot Bd. 35 S. 980, Bd. 37 S. 1024; R.G. Bd. 28 S. 358; Jur. Woch. 1891 S. 212 n. 45, 1892 S. 127 n. 14.

3) Striethorst, Archiv Bd. 52 S. 259, Bd. 63 S. 165, Bd. 97 S. 218; R.O.H.G. Bd. 13 S. 383.

4) E. I § 213; Motive Bd. 2 S. 151; Hellwig a. a. O. S. 391. Die Vermögensübernahme begründet nach B.G.B. keine Universalsukzession. Nur Sondernachfolge in die einzelnen Vermögensbestandteile tritt ein — auch beim Kauf der Erbschaft vom Alleinerben. [Die Aktiva gehen nicht ipso iure auf den Übernehmer über, vielmehr ist der bisherige Eigentümer obligatorisch verpflichtet, die zu dem Vermögen gehörigen Gegenstände auf den Übernehmer zu übertragen.]

5) Die Anwendung des § 419 wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Veräußerer einzelne Vermögensstücke zurückbehält, so auch O.L.G. Darmstadt Hess.Rechtspr. 1902 S. 129, ebenso L.G. München I in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1906 S. 25.

6) [R.G. 69 S. 283 ff. und S. 418; O.L.G. Karlsruhe Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 12 S. 50.]

Ist der Vertrag insbesondere wegen Mangels der im § 311 bestimmten Form[7] nichtig, so entsteht sie nicht, wird er angefochten und damit vernichtet, so fällt sie weg.

Die Schuldübernahme ist eine kumulative. Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des von ihm übernommenen Vermögens und der ihm aus dem Vertrag erwachsenden Ansprüche.[8]

[Sie kann nicht durch eine Vereinbarung zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Übernehmer ausgeschlossen oder beschränkt werden, ist also insoweit zwingenden Rechts.][9]

III. Im Falle der Übernahme eines Sondervermögens gelten entsprechende Grundsätze.

Dies ist namentlich bei der Veräußerung einer Erbschaft der Fall, §§ 2382, 2385.[10]

IV. Weitergehend ist die Schuldenhaftung des Erwerbers eines kaufmännischen Geschäfts mit seiner Firma.

Früher war bestritten, ob der Erwerber hierdurch unmittelbar in die Geschäftsschulden eintrete, wie seiner Zeit das preußische Obertribunal annahm,[11] oder ob es, wofür sich das Reichsoberhandelsgericht entschied, der Erklärung der Übernahme gegenüber den Gläubigern bedürfe.[12]

Nach dem neuen H.G.B. § 25 haftet, wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft eines Vollkaufmanns[13] unter der bisherigen Firma fortführt, für

---

7) [Dabei ist zu beachten, daß es an einer den §§ 313 Satz 2 und 518 Abs. 2 entsprechenden Gesetzesvorschrift fehlt. Das Verhältnis von § 311 zu § 419 ist erörtert in R.G. 69 S. 420.]

8) Die für die Haftung des Erben nach §§ 1990, 1991 geltenden Grundsätze finden entsprechende Anwendung § 419 Abs. 2 Satz 2. — Die beschränkte Haftung muß der Erwerber des Vermögens im Prozeß einwenden: Ist er unter Vorbehalt seiner beschränkten Haftung verurteilt, so muß er sie, falls der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nicht auf das Vermögen beschränkt, im Wege der Klage nach § 767 Z.P.O. geltend machen, § 786 Z.P.O. — über Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines gegen den Schuldner vor der Übernahme des Vermögens ergangenen rechtskräftigen Urteils gegen den Übernehmer vgl. Z.P.O. § 729.

9) [Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner und der Übernehmer die Vermögensübertragung durch mehrere, je auf bestimmte Vermögensbestandteile beschränkte, in an sich rechtsgültiger Form abgeschlossene Einzelverträge zur Ausführung gebracht haben. R.G. v. 7. Februar 1907 Bd. 65 S. 164.]

10) Vgl. weiter Hellwig a. a. O. S. 396.

11) Stricthorst, Arch. Bd. 70 S. 353.

12) R.O.H.G. Bd. 1 S. 66 und a. a. O. Nach R.G. Bd. 17 S. 96 sollte jedoch eine allgemeine Erklärung der Übernahme der Passiva genügen. — Vgl. Gruchot Bd. 37 S. 1151; Jur.Wochenschr. 1897 S. 241.

13) Vgl. Staub Anm. 6 und 7 zu § 25 und dort Angef., insbesondere R.G. Bd. 55 S. 85.

alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten[14] des früheren Inhabers, also nicht bloß für vertragliche — auch aus Nichthandelsgeschäften entstandene z. B. wegen Ladenmiete —, sondern auch außervertragliche, z. B. aus dem Haftpflichtgesetz entsprungene,[15] ohne Rücksicht auf seine Kenntnis von dem Bestehen der Verbindlichkeit.[16]

Es gilt dies auch, wenn die Fortführung der Firma gegen die Vereinbarung verstößt, und selbst wenn die Vereinbarung ungültig war.

Die Haftung ist im Gegensatze zu § 419 eine unbeschränkte.

Abweichende Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber ist zwar zulässig. Sie ist aber gegenüber Dritten nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.[17]

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Verbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. Ein solcher ist in der Übernahme dieser Verbindlichkeiten und deren handelsüblicher Bekanntmachung zu sehen, H.G.B. § 25 Abs. 3.[18]

Der Veräußerer wird durch fünfjährige Verjährung befreit.[19]

§ 160. Übernahme der hypothekarisch eingetragenen Schulden durch den Grundstückserwerber.[1]

I. Im Falle der Veräußerung eines Grundstücks, auf welchem persönliche Schulden hypothekarisch eingetragen sind, berichtigt der Käufer sehr häufig den Kaufpreis teilweise, möglicherweise auch ganz durch Übernahme der eingetragenen Schulden.

Das Bedürfnis des Verkehrs fordert, daß in solchem Falle der Käufer möglichst rasch und durchgreifend an Stelle des Verkäufers auch

---

14) [Das sind diejenigen Verbindlichkeiten, die mit dem Geschäftsbetrieb in enger, innerer Verbindung stehen. R.G. v. 27. Februar 1904 Bd. 58 S. 21.]

15) Vgl. R.G. Bd. 13 S. 54. Vgl. Staub zu H.G.B. Anm. 29 zu § 22.

16) R.G. v. 12. Oktober 1907 Recht 1907 Nr. 3699; vgl. Staub Anm. 11 zu § 25 und dort Angef.

17) [Es genügt, daß die Voraussetzungen „unverzüglich" nach erfolgter Übernahme herbeigeführt werden. R.G. vom 7. November 1903 Gruchot Bd. 48 S. 1002.]

18) Vgl. Gruchot Bd. 37 S. 1151.

19) Das Nähere H.G.B. § 26.

1) Vgl. Scherer in Jur.Wochenschrift 1900 S. 504 und S. 619; Sieger in Ztschr. f. freiw. Ger. u. Gemeindeverwaltg. in Württemberg 1901 S. 81; Linkelmann, Jur.Woch. 1903 S. 336.

persönlicher Schuldner des hypothekarischen Gläubigers wird, wie ihn die dingliche Belastung trifft.

Es ist dies wichtig für den Gläubiger, damit er die dingliche und die persönliche Klage gegen den Grundstückserwerber verbinden kann. Eine noch größere Bedeutung hat dies aber für den Verkäufer des Grundstücks, welcher mit der Veräußerung unter Anrechnung der eingetragenen Schulden auf den Kaufpreis sich dieser Schulden zu entschlagen hofft und sehr getäuscht ist, wenn er gleichwohl hinterher, namentlich dann, wenn der Hypothekengläubiger bei der Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundstücks einen Ausfall erleidet, vom Gläubiger noch in Anspruch genommen wird.[2]

II. Das preußische Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 § 41 traf Vorschriften, welche zwar die Interessen des hypothekarischen Gläubigers in höchstem Maße wahrten, die Interessen des Veräußerers des Grundstücks aber keineswegs in entsprechender Weise berücksichtigten.[3]

Denn der hypothekarische Gläubiger erhielt zwar, wenn der Erwerber die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm, ohne weiteres den persönlichen Anspruch gegen den Grundstückserwerber, der Veräußerer des Grundstücks aber wurde hierdurch von seiner persönlichen Schuld noch nicht befreit, so daß der Gläubiger bei mehrfacher Übernahme der eingetragenen Hypotheken sogar eine ganze Reihe von Gesamtschuldnern erhielt.

Die Befreiung des Verkäufers von seiner persönlichen Schuld war allerdings vom Gesetz auch vorgesehen, aber vielfach eine weithinausgehende. Sie forderte, daß der Verkäufer dem Gläubiger die Schuldübernahme bekannt machte, sowie daß nicht eine Kündigung innerhalb eines Jahres nach der Bekanntmachung bezw. der Kündbarkeit der Hypothek erfolgte, endlich daß der Gläubiger nicht innerhalb sechs Monaten nach Fälligkeit der Schuld die Klage auf die Leistung erhob.[4]

Da Hypotheken häufig längere Zeit hindurch unkündbar sind, so konnte sich hiernach die Befreiung des Verkäufers von der persönlichen Schuld, trotzdem auch der Erwerber des Grundstücks für sie haftete, lange hinausziehen.

---

2) Besonders interessanter Fall, s. R.G. v. 4. Dezember 1907 Jur.Woch. 1908 S. 32.

3) Vgl. Dernburg, Preuß.Hypothekenrecht Bd. 2 S. 68.

4) Vgl. Gruchot Bd. 26 S. 111.

Zweckmäßiger waren die Bestimmungen des bayerischen Gesetzes vom 29. Mai 1886 Art. 1 Nr. 2. Ihnen folgt das B.G.B. § 416 gemäß der Beschlüsse der zweiten Kommission.[5]

III. Der hypothekarische Gläubiger hat hiernach keineswegs ohne weiteres gegen den Grundstückserwerber, welcher die persönliche Schuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, das Recht, aus der persönlichen Forderung zu klagen. Der Erwerber haftet zunächst nur dinglich mit dem Grundstück. Vielmehr erlangt der Hypothekengläubiger die persönliche Forderung gegen den Erwerber des Grundstücks *nur gleichzeitig mit der Befreiung des Veräußerers von seiner persönlichen Schuld*. Es bedarf hierzu der *Mitteilung des Veräußerers* über die Schuldübernahme und der *Genehmigung der Übernahme* durch den Hypothekengläubiger. Diese Genehmigung *gilt als erteilt*, wenn seit dem Empfange jener Mitteilung sechs Monate verstrichen sind, sofern der Gläubiger die Genehmigung dem Veräußerer gegenüber nicht vorher verweigert hat.[6]

Die Scheu vieler Menschen vor einem aktiven Entschlusse, ihre Schwäche und Trägheit wird hierbei in Rechnung gezogen. Auf sie baut die Vorschrift, um ein den Verkehrsinteressen entsprechendes Ergebnis tunlichst rasch herbeizuführen. Werden wirkliche Interessen des Hypothekars durch den Schuldübergang verletzt, so mag ihn dies zur Verweigerung seiner Genehmigung innerhalb der sechsmonatlichen Frist bestimmen.

[Wird die Genehmigung erteilt, *ohne* daß die Voraussetzungen des § 416 vorliegen, so treten nur die von dieser Bestimmung in Aussicht genommenen Folgen nicht ein, aber es ist dann eine nach § 415 wirksame Übernahme eingetreten.]

Im einzelnen gilt folgendes:

1. Die Mitteilung des Veräußerers bezüglich der Schuldübernahme

---

5) Über die Frage, inwieweit § 416 auf Verträge anwendbar ist, in denen sich der Erwerber eines Grundstücks vor dem 1. Januar 1900 zur Übernahme der auf ihm lastenden Hypotheken verpflichtet hat, oder ob altes Recht zur Anwendung kommt, siehe Habicht, Einwirkung des B.G.B. S. 183. Ich stimme ihm bei, wenn er sich dafür entscheidet, daß der Zeitpunkt der Auflassung des Grundstücks, welchem sich die Eintragung namentlich bei Geschäften, die sich zur Zeit der Wende der Gesetzgebung vollziehen, unmittelbar anzuschließen hat, maßgebend sein muß.

6) Vgl. Kamm.Ger. Johows Jahrb. Bd. 27 S. 278.

kann wirksam erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, § 416 Abs. 2 Satz 1.[7]

Man wird hieraus schließen müssen, so streng dies ist, daß selbst eine nach der Auflassung, aber vor der Eintragung des Erwerbers seitens des Veräußerers geschehene Mitteilung die Rechtsfolgen des § 416 nicht hat.

Dies hat aber nur die Bedeutung, daß das Schweigen des Gläubigers auf die Mitteilung nicht als Genehmigung gilt. Erfolgt seitens des Gläubigers wirkliche Genehmigung der Schuldübernahme, sei es durch Reden oder schlüssige Handlungen, so kann diese nicht um deswillen in Frage gestellt werden, weil der Veräußerer die Mitteilung machte, ehe der Erwerber im Grundbuch eingetragen war.[8]

2. Die Mitteilung muß schriftlich geschehen, bedarf also der im § 126 vorgeschriebenen Form. Fehlt daher die Eigenhändigkeit der Unterschrift, so hat sie die in § 416 bezeichneten Rechtsfolgen nicht. Die Mitteilung muß den Hinweis enthalten, daß der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, falls der Gläubiger nicht innerhalb sechs Monaten die Verweigerung erklärt.[9] Hierzu genügt, daß auf § 416 B.G.B. Bezug genommen wird.[10]

3. Der Veräußerer ist verpflichtet, dem Gläubiger auf Verlangen des Erwerbers die Schuldübernahme mitzuteilen, § 416 Abs. 3, und zwar natürlich in der gesetzlich erforderten Weise. [Bei schuldhafter Nichterfüllung dieses Verlangens wird der Veräußerer schadensersatzpflichtig.]

Der Erwerber kann seinerseits dem Gläubiger die Schuldübernahme unmittelbar mitteilen; dies hat die Rechtsfolge des § 416 nicht. Genehmigt aber der Gläubiger auf Mitteilung des

---

7) [Ist jedoch von da an zeitlich unbegrenzt zulässig, sie kann sogar wirksam noch dann erfolgen, wenn der Erwerber infolge der Weiterveräußerung des Grundstücks nicht mehr eingetragen ist. R.G. vom 2. Dezember 1903 Bd. 56 S. 200 und vom 4. Dezember 1907 Jur.Woch. 1908 S. 32. Anderer Ansicht O.L.G. Stuttgart vom 23. April 1903 Recht 1903 S. 311.]

8) Anderer Ansicht Planck Anm. 2 d zu § 416 der jedoch annimmt, daß die vor der Eintragung des Erwerbers erfolgte Mitteilung konvalesziert, wenn die Genehmigung des Gläubigers nach der geschehenen Eintragung erfolgt.

9) Vgl. Gruchot Bd. 37 S. 1116.

10) [Die Rechtswirksamkeit einer wirklichen Genehmigung der Schuldübernahme seitens des Hypothekengläubigers wird nicht dadurch berührt, daß die Mitteilung den Hinweis auf die Folgen des Schweigens nicht enthält.] R.G. vom 10. März 1906 Jur.Woch. 1906 S. 304 sowie Entsch. Bd. 63 S. 42.

Erwerbers den Schuldübergang, so ist dies nach § 414 vollwirksam.

4. Die Genehmigung des Gläubigers kann formlos geschehen, sie kann nach § 182 nicht bloß gegenüber dem Veräußerer, sondern auch gegenüber dem Erwerber erklärt werden.[11]

5. Dagegen muß die Verweigerung innerhalb der Frist dem Veräußerer gegenüber erklärt sein, § 416 Abs. 1. Die dem Erwerber gegenüber erklärte Verweigerung ist rechtlich ohne Wirkung.

Auch die Verweigerung der Genehmigung kann formlos geschehen. Der Gläubiger wird sich aber einen Beweis für sie zu sichern haben. Denn er hat den Beweis rechtzeitiger Verweigerung der Genehmigung zu führen, wenn er nach Ablauf der Sechsmonats-Frist den Veräußerer noch mit der persönlichen Klage belangen will.

6. Der Veräußerer ist verpflichtet, den Erwerber zu benachrichtigen, sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, § 416 Abs. 3 S. 2. Er haftet ihm für den aus der Nichtbenachrichtigung entspringenden Schaden.

7. Bei den Bestimmungen des § 416 ist vorzugsweise an den im Leben häufigen Fall gedacht, daß das Grundstück, auf welchem die Forderung eingetragen ist, verkauft wird und die Übernahme der Schuld seitens des Käufers auf den Kaufpreis geschieht. Aber jene Bestimmungen gelten nicht minder, wenn die Veräußerung auf Grund eines anderen Geschäfts, z. B. eines Auszugsvertrags oder einer Schenkung, geschah und der Erwerber eingetragene Schulden übernahm.

8. Die Vorschrift des § 416 tritt nicht ein, wenn auf dem veräußerten Grundstück eine Grundschuld lastet, mit welcher eine persönliche Forderung verbunden ist, also auch nicht, wenn der Grundstückskäufer diese Forderung auf den Kaufpreis übernahm.[12]

9. Im Fall einer Zwangsversteigerung finden aber nach § 53 des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 24. März 1897 die Vorschriften des

---

11) Rehbein, B.G.B. Bd. 2 S. 431 folgert aus § 416 Abs. 3 Satz 2, daß auch die Genehmigung nur dem Veräußerer, nicht dem Erwerber gegenüber zu erklären sei. Jedoch aus § 416 folgt nur die Pflicht des Veräußerers, sofern ihm die Genehmigung erklärt ist, Anzeige dem Erwerber zu erstatten. § 182 ist dadurch nicht ausgeschlossen. Dagegen Planck Anm. 2 b zu § 416.

12) Bestand für die Hypothek eine persönliche Forderung nicht, so erlangt der Hypothekengläubiger auch bei Übernahme des Grundstücks unter Anrechnung der Hypothek auf den Kaufpreis eine persönliche Forderung gegen den Erwerber nicht, R.G. Bd. 22 S. 237, Bd. 23 S. 252; Jur.Woch. 1896 S. 366 n. 66, 67.

§ 416 nicht bloß bei Hypotheken, sondern auch bei Grundschulden und Rentengrundschulden Anwendung, falls der Schuldner für sie persönlich haftete, und diese Realrechte auf Grund der Versteigerungsbedingungen bestehen bleiben. Bei Grundschulden gilt dies jedoch nur dann, wenn der Schuldner vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten die persönliche Forderung angemeldet hat.

10. Der Anspruch, welchen der Gläubiger infolge des § 416 gegen den Grundstückserwerber erlangt hat, kann ihm nicht mehr durch Weiterveräußerung des Grundstücks, auch nicht durch Aufhebung des Veräußerungsgeschäfts entzogen werden.

War aber der Erwerb des Grundstücks, insbesondere dessen Auflassung nichtig, oder wird er infolge einer Anfechtung vernichtet, so verliert auch die Schuldübernahme ihre Kraft.

11. Unter der Herrschaft des preußischen Rechts war streitig: ob der Grundstückserwerber befugt sei, dem Gläubiger Einwendungen entgegenzustellen, welche der übernommenen Schuld zur Zeit der Übernahme der Schuld anhafteten.[13] Man führte dagegen vorzugsweise an, daß der Übernehmer bei deren Entgegenstellung kein eigenes Interesse habe, denn was er dem Gläubiger auf Grund jener Einrede versage, müsse er dem Verkäufer als Kaufpreis berichtigen. Nach B.G.B. § 417 kann der Übernehmer auch in dem hier besprochenen Falle dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche der übernommenen Forderung bis jetzt entgegenstanden.

Dagegen hat er nach § 417 Abs. 2 kein Recht, dem Hypothekengläubiger Einwendungen aus dem Übernahmevertrag entgegenzustellen. Er muß ihn z. B. auch dann befriedigen, wenn es sich herausstellt, daß die gekaufte Sache Mängel hat, welche eine Minderung des Kaufpreises rechtfertigen.

Ist die vom Käufer übernommene Schuld nichtig, oder stehen ihr Einreden entgegen, so ist er verpflichtet, dem Verkäufer ihren Betrag als Kaufpreis zu entrichten, denn die Übernahme der Schuld sollte nur die Modalität bilden, mittels deren der Kaufpreis berichtigt werden sollte. Entsprechend ist es in anderen Fällen entgeltlicher Veräußerung. Dagegen bildet im Falle der schenkungsweisen Veräußerung des Grundstücks im Zweifel die Ungültigkeit der Schuld einen Vorteil des Be-

---

13) So R.G. Bd. 1 S. 403, Bd. 7 S. 219; dagegen Gruchot Bd. 25 S. 23, vgl. aber Rassow daselbst S. 32, siehe wiederum S. 410.

schenkten, so daß der Schenkgeber um deswillen nichts von ihm verlangen kann.

12. Solange der Gläubiger die Genehmigung des Schuldübergangs nicht erteilt hat, ist der Grundstückserwerber dem Veräußerer gegenüber verpflichtet, für rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers Sorge zu tragen. Erteilt er die Genehmigung oder gilt sie als erteilt, so erledigt sich die Verpflichtung gegenüber dem Veräußerer, § 416 Abs. 1 am Schlusse.

Sechster Abschnitt.

Gesamtschulden und Gesamtforderungen.[1]

§ 161. Die Gesamtschuld im allgemeinen.

I. Die Obligation bezweckt einen Erfolg mittels der Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung. Mehrere Obligationen können sich demselben Erfolge widmen. Sie streben dann alle auf ihn hin, sie eröffnen damit verschiedene Wege zu demselben Ziele.

In dieser Weise kann ein und derselbe Schuldner mehrfach verpflichtet werden. Oft findet sich z. B. eine Kaufgelderschuld und eine zu deren Berichtigung eingegangene Wechselschuld nebeneinander, so daß verschiedene Verbindlichkeiten des Käufers wegen desselben Vermögensausstandes bestehen.

In entsprechender Art können *mehrere Personen* als Gesamtschuldner verpflichtet sein, so daß jeder den Vermögensausstand ganz schuldet, daß dieser aber nur einmal zu leisten ist. Nicht minder kennen Verkehr und Recht *Gesamtforderungen*, so daß jeder Gläubiger voll berechtigt ist, der Vermögensausstand aber dennoch nur einmal zu berichtigen ist.

Gesamtschulden und Gesamtforderungen sind in ihrer Rechtsbildung miteinander verwandt. Ihre Stellung im Verkehr ist aber eine wesent-

---

1) Hruza, Sächs.Arch. Bd. 5 S. 193 ff., 273 ff., 401 ff. 1896; Crome in Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 100 ff. 1897; Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Gemeinrechtlich vgl. die bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 70 ff. Angeführten und Binder, Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Rechte. — Kuhlenbeck in Jur.Wochenschr. 1899 S. 131 u. S. 217 „Gesamtschuldverhältnisse".

lich verschiedene, demnach ist auch ihre rechtliche Gestaltung keineswegs eine gleiche.

Beide sind daher zweckmäßigerweise getrennt zu behandeln. Dies tut auch B.G.B. in den §§ 420 ff. einesteils und in den §§ 428 ff. andernteils.

Praktisch bei weitem am wichtigsten ist die Gesamtschuld. Zu ihr wenden wir uns zunächst.

II. Die Gesamtschuld ist mit nichten ein einheitliches Rechtsinstitut. Es handelt sich vielmehr bei ihr um eine besondere Eigenschaft, welche Obligationen von ganz verschiedener Art und Natur annehmen können. Geschäftsobligationen, wie beispielsweise Darlehensschulden, Kaufgelderschulden, Obligationen aus unerlaubten Handlungen, welche mehreren zur Last fallen, auch zahlreiche andere gesetzliche Obligationen können Gesamtschulden bilden.

Die Gesamtschuld kann die Leistung von Sachen bezwecken. Besonders häufig geht sie auf Geld. Auch Handlungen können von mehreren als Gesamtschuldnern übernommen werden, z. B. ein Hausbau durch mehrere Baumeister.[2]

Es steht natürlich auch nichts im Wege, daß sich mehrere insgesamt etwa durch einen Vertrag zu denselben Unterlassungen verbinden, daß sie sich z. B. sämtlich demselben Konkurrenzverbot unterwerfen. Solche Obligationen haben aber eine andere Natur wie Gesamtschulden. Denn die Unterlassung des einen, also die Erfüllung von seiner Seite, entlastet den Mitschuldner nicht von der ihm obliegenden Unterlassung, also der Erfüllung seinerseits, wie dies dem Wesen einer Gesamtschuld entsprechen würde.

III. Zu unterscheiden sind die gewillkürten Gesamtschulden, welche diese Eigenschaft durch den besonderen Willen der Beteiligten erhalten haben, und die gesetzlichen Gesamtschulden, welche unmittelbar infolge der Rechtslage diese Eigenschaft annehmen.

IV. Die gewillkürten Gesamtschulden werden nicht selten durch ein einheitliches Rechtsgeschäft in das Leben gerufen. Sie können sich aber auch durch getrennte, zeitlich auseinander liegende Akte bliden.

---

2) L. 5 D. de duobus reis 45, 2.

1. Gesamtschulden, welche durch ein einheitliches Rechtsgeschäft — einen Gesamtakt[3] — geschaffen werden, haben wirtschaftlich und rechtlich eine besondere Stellung.

Sie sollen plannäßig dem Gläubiger Sicherung verschaffen und ihm die Rechtsverfolgung erleichtern. Denn die Vervielfältigung der Obligationen durch Verpflichtung mehrerer schützt ihn vor der Gefahr, wegen Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners Befriedigung nicht erlangen zu können, nicht minder dagegen, daß die Abwesenheit des Schuldners der Erhebung der Klage Hindernisse in den Weg legt.

Die regelmäßige Form des Gesamtakts behufs Begründung von Gesamtschulden war in Rom die Stipulation. Sie vollzog sich dadurch, daß mehrere als Gesamtschuldner — correi promittendi, d. h. Mitbeteiligte am Versprechen — dem stipulierenden Gläubiger dieselbe Leistung promittierten.[4] Hiernach nennt man auch in der deutschen Juristensprache die durch einen Gesamtakt begründete Gesamtschuld häufig Korrealobligation, und zwar passive, weil es sich um Schuldner handelt, während man bei entsprechender Begründung einer Gesamtforderung von aktiver Korrealobligation redet.

Herkömmliche Worte, durch welche man im heutigen Leben Gesamtschulden durch einen Gesamtakt begründet, sind „Haftung insgesamt" oder „einer für alle", oder „samt und sonders".

Natürlich kann die Gesamthaftung auch bei obligationsbegründenden einseitigen Versprechen, z. B. mittels Ausstellung einer Inhaberschuld, geschaffen werden.

2. Eine gewillkürte Gesamtschuld kann ferner durch mehrere selbständige Geschäfte entstehen, namentlich dadurch, daß man die bestehende Verpflichtung eines Schuldners neben ihm — kumulativ — übernimmt.[5]

3. Im weiteren Sinn ist zu den Gesamtschulden auch die Bürgschaft zu zählen, bei welcher man sich dem Gläubiger gegenüber als bloßer Nebenschuldner — Bürge — für die Erfüllung einer Hauptschuld verbindet. Die Bürgschaft jedoch ist ein eigenartiges Rechtsinstitut und hat erhebliche rechtliche Besonderheiten. Demzufolge hebt

---

3) Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff in den Festgaben für O. Müller 1892.

4) L. 4 D. duobus reis 45, 2.

5) Oben § 156.

sie sich von der „reinen Gesamtschuld“ oder der Gesamtschuld im engeren Sinn ab und ist getrennt zu behandeln.[6]

Auch die reine Gesamtschuld kann von dem einen Teil übernommen werden, um dem anderen Teil Kredit zu verschaffen, also der Sache nach eine Verbürgung bezwecken.[7] Dies tritt aber hierbei dem Gläubiger gegenüber nicht hervor, ihm gegenüber verpflichten sich alle Schuldner ohne Rücksicht auf das unter ihnen bestehende Verhältnis in gleichem und vollem Maße. Daher gehört ein derartiges Geschäft nicht zur Verbürgung.

V. Wie die gewillkürten Gesamtschulden, so entspringen auch die gesetzlichen teils einem Entstehungsgrunde, z. B. einem gemeinsam geplanten und verübten Delikte, teils sind es verschiedene und selbständige Gründe, welche sie hervorrufen.

Ein Hauptfall der gesetzlichen Gesamtschuld ist die Verpflichtung mehrerer zum Ersatz eines bestimmten Schadens, sei es aus unerlaubten Handlungen,[8] § 840 Abs. 1, sei es aus anderen Gründen. Denn ist der Schaden ersetzt, so ist weiterer Schadensersatz und die Verpflichtung zur Leistung eines solchen nicht möglich.

Nicht selten kommt es vor, daß mehrere aus ganz verschiedenen Rechtsgründen zum Schadensersatz verpflichtet sind. Hat z. B. der Mieter die vermietete Sache nachlässig verwahrt, so daß ein Dritter Gelegenheit fand, sie böswillig zu beschädigen, so stehen sie beide für den Schaden ein, der eine wegen Nichterfüllung seiner vertragsmäßigen Verpflichtung, der andere wegen seiner unerlaubten Handlung.[9] Nicht minder ist der Brandstifter für den Brandschaden haftbar und gleichzeitig der gegen Feuersgefahr Versichernde.[10]

---

6) Die mehreren Bürgen stehen jedoch als eigentliche Gesamtschuldner dem Gläubiger gegenüber, vgl. § 769 B.G.B.

7) [Wenig ansprechend ist die Unterscheidung, die R.G. 67 S. 128 ff. macht: wer nachträglich für die Kaufpreisschuld eines andern eintritt, begründet ein echtes Gesamtschuldverhältnis, wer dies in abstraktem Vertrage tue, begründe kein solches Verhältnis. In beiden Fällen liegt ein Schuldverhältnis mit mehreren Schuldnern vor. Darf in solchem Fall überhaupt von einer abstrakten Verpflichtung gesprochen werden?]

8) Die Haftung für Wildschaden wird bei den unerlaubten Handlungen behandelt. Nach § 835 Abs. 3 sind jedoch für Wildschaden die mehreren zu einem Verbande, der nicht als solcher haftet, vereinigten jagdberechtigten Eigentümer von Grundstücken nur nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig. [Ein eigenartiger Fall lag der Entsch. des R.G. v. 29. Mai 1905 Bd. 61 S. 56 zugrunde.]

9) R.G. v. 29. Mai 1905 Bd. 61 S. 56 vorige Note.

10) S. jedoch oben § 155 a. E.

Neuerdings spricht man in Fällen, in welchen der Schadensersatzanspruch auf verschiedenen Entstehungsgründen beruht, von „unechter Solidarität", und man nimmt an, daß sich diese der Bezeichnung und dem Begriffe der Gesamtschuld nicht unterordne.[11] So wenig man aber für die gewillkürte Gesamtschuld Einheit des Entstehungsgrundes fordert, so wenig ist dies für die gesetzliche zulässig. Auch stimmt dies nicht mit dem allgemeinen Begriff des § 420. Richtig ist nur, daß die Fälle der unechten Solidarobligationen besonderer Behandlung unterliegen müssen.[12]

Unter den zahlreichen anderen Fällen gesetzlicher Gesamtschulden ist namentlich diejenige der Miterben des Schuldners nach § 2058 hervorzuheben.[13]

Ferner haften mehrere, welche eine unteilbare Leistung schulden, nach § 431 als Gesamtschuldner.[14] Diese Gesamtschuld bleibt bestehen, wenn an Stelle der unteilbaren Leistung eine teilbare tritt, also insbesondere eine solche auf Schadensersatz.[15] [16]

---

11) Eisele im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 77 S. 478; Oertmann, Vorbem. zum sechsten Abschnitt 5 c; Schollmeyer, Komm. zu § 426 Ziff. 2; Rehbein, B.G.B. Bd. 2 S. 451; Crome, System 2 § 206 Ziff. 3. Auch R.G. 67 S. 128 und Bd. 61 S. 56.

12) Die Anwendung der §§ 422, 423, 424, 426, 429, 430 ist in Fällen unechter Solidarität ausgeschlossen.

13) Vgl. §§ 42 Abs. 2, 53, 54, 419, 840, 841, 1108, 1388, 1480, 1459, 1530, 1833, 1915, 2219 Abs. 2, 2382, B.G.B.; §§ 78 Abs. 2, 128, 200 Abs. 1, 200—204, 208, 209, 225 Abs. 2, 241 Abs. 2, 242, 267 Abs. 3 H.G.B., § 11 Ges. betr. die Ges. m. beschr. Haftg.; § 81 Abs. 4 Zw.Verstg.Ges.; § 149 Pr.Berggs.; vgl. Z.P.O. § 100 Abs. 4.

14) Die Verpflichtung mehrerer Personen, eine ihnen an sich zustehende Handlung zu unterlassen, z. B. kein Konkurrenzgeschäft innerhalb der Stadt, in welcher der Berechtigte sein Geschäft betreibt, zu errichten, begründet eine rechtliche Verbindung der mehreren Verpflichteten nicht. Haben sich jedoch die Schuldner in demselben Vertrage zu dem Unterlassen verpflichtet, so ist zu prüfen, ob jeder übernahm, für eine etwaige Zuwiderhandlung des andern und für den sich daraus ergebenden Schadensersatz einzustehen.

15) Anders E. I § 341. Die zweite Kommission lehnte ihn aber ab.

16) [Wird jedoch durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und sämtlichen Gesamtschuldnern an die Stelle der Verpflichtung zu einer unteilbaren Leistung die Verpflichtung zu einer teilbaren Leistung gesetzt, so findet nicht § 431, sondern § 420 Anwendung. Als unteilbare Leistung ist anzusehen auch die Verpflichtung mehrerer Grundstückseigentümer auf Zahlung einer Geldsumme aus dem Grundstück gemäß § 1113. Denn die Leistung ist Duldung der Befriedigung des Hypothekengläubigers aus dem Grundstück. R.G. v. 19. Februar 1902 Jur.Woch. 1902 Beil. S. 198; sowie Planck Anm. 2 zu § 420; Wendt im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 92 S. 70; H. Lehmann, Die Unterlassungspflicht, München 1906 S. 197.]

VI. Schulden mehrere eine teilbare Leistung, so ist möglich, daß sie geteilt haften sollen, und zwar entweder zu gleichen oder auch zu ungleichen Anteilen, nicht minder aber, daß Gesamtschuld beabsichtigt ist.

Nach B.G.B. § 420 sind im Zweifel Verpflichtungen zum gleichen Anteil anzunehmen.[17] [18] [19]

Diese Teilung ist aber nicht bloß dann ausgeschlossen, wenn sie dem ausgesprochenen Parteiwillen zuwiderläuft,[20] sondern auch dann, wenn die Rechtslage, hiervon abgesehen, ergibt, daß eine Teilung zu gleichen Anteilen sachwidrig ist.[21] So ist hier das „im Zweifel" aufzufassen. Besonders wichtig ist dies für die sog. Fälle unechter Solidarität. Der Brandstifter z. B. und der gegen Feuersgefahr Versichernde können unmöglich für den Schaden je bloß zur Hälfte haften.[22]

Eine besondere Regelung trifft § 427 für die gemeinschaftliche Verpflichtung mehrerer durch Vertrag. Sie erzeugt im Zweifel Gesamtschuld. Darüber sogleich das Nähere.

§ 162. Die Vertragsgesamtschuld.

I. Im gemeinen Recht stellt man die Korrealschulden — die wir als Vertragsgesamtschulden bezeichnen[1] — in Gegensatz zu anderen Gesamtschulden, den sog. Solidarschulden.

17) Gemeinrechtlich war die Frage bestritten, vgl. Windscheid Bd. 2 § 299 Ziff. 7; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 24 Ziff. 7.

18) Die gesetzliche Unterhaltspflicht mehrerer begründet keine solidarische Verbindlichkeit, § 1606. Vgl. unten Bd. 4 IV.

19) [In Ermangelung besonderer Abreden haben Veräußerer und Erwerber die Grundstücksumsatzsteuer zur Hälfte zu tragen. Kam.Ger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 9 S. 31.]

20) [Dies ist der Fall, wenn ein Vertrag, welcher eine Gesamtschuld begründete, angefochten ist und jetzt Herausgabe des Empfangenen in Geld verlangt wird. R.G. 67, 260.]

21) So haften z. B. der Aussteller einer Vollmacht und der Anwalt, auf den sie lautet, für die Entrichtung des Stempels als Gesamtschuldner. Kam.Ger. Recht 1904 S. 281.

22) Für den Fall, daß mehrere in einem Urteil zu derselben Summe verurteilt werden, nahmen die Römer Verhaftung nach Kopfteilen an, l. 43 D. de re judicata 42, 1, l. 2 C. si plures 7, 55. Nach heutigem Recht kann dies nicht gelten, vielmehr ist aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen, in welchem Sinn eine solche Verurteilung erfolgte; wenn sich dies nicht bestimmt ergibt, bedarf es einer Entscheidung in einem neuen Prozeß. Es empfiehlt sich daher, daß der Kläger in der Klage Anträge bezüglich der Art und Weise der Verpflichtung der einzelnen von mehreren Beklagten stellt. Ja der Richter hat dies nach Z.P.O. § 253 Ziff. 2 — „bestimmten Antrag" — zu verlangen. Vgl. v. Krämel bei Gruchot Bd. 23 S. 99 ff. — [Nach Z.P.O. § 100 Abs. 1 haftet die aus mehreren Personen bestehende unterliegende Partei nach Kopfteilen für die Kostenerstattung, vgl. jedoch Z.P.O. § 100 Abs. 4 sowie die entsprechenden Vorschriften des § 91 des Deutschen Gerichtskostengesetzes.]

Ein solcher Gegensatz besteht nach der Natur der Sache. Die Vertragsgesamtschuld, welche als solche durch einen Gesamtakt planmäßig begründet wird, hat im Leben und im Verkehr eine besondere Stellung und hebt sich daher auch im Recht von anderen Gesamtschulden ab.

Aber die prinzipielle Unterscheidung, welche die herrschende Lehre des gemeinen Rechts machte, ist unhaltbar. Man lehrte gemeinrechtlich, die römische Korrealobligation bilde eine einzige Obligation, welche objektive Einheit, aber subjektive Verschiedenheit habe; die Solidarobligation dagegen bilde verschiedene Obligationen mehrerer auf dieselbe Leistung. Dieses Dogma, welches Keller und nach ihm Ribbentrop zur Geltung brachten, ist wenig klar, und läßt nicht erkennen, wo die objektive Einheit der Korrealobligation und die subjektive Mehrheit beginnt.[2] Nach B.G.B. gelten Gesamtschulden ohne Unterschied als mehrere Verpflichtungen, welche auf einen Zweck gerichtet sind, mögen sie durch einen Vertrag in das Leben gerufen werden oder in anderer Weise.[3]

II. Nach römischem Recht trat im Fall gemeinschaftlicher Eingehung einer teilbaren Schuld durch mehrere im Zweifel Teilung und zwar nach Kopfteilen ein.[4] Auch nach code civil art. 1202 wird die Solidarität nicht vermutet, ist vielmehr ausdrücklich zu stipulieren. Dagegen entschied sich, älterem deutschen Recht entsprechend, das A.L.R. I, 5 §§ 424, 425 im Zweifel für Gesamtverpflichtung, ebenso das alte H.G.B. Art. 280.

Der erste Entwurf folgte dem römischem Recht, § 337, der zweite[5] und das B.G.B. dem A.L.R.

Verpflichten sich mehrere durch Vertrag[6] gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner nach § 427.

---

1) Genauer gesprochen: durch einheitlichen Rechtsakt — auch Vermächtnis — geschaffene Obligationen.

2) Vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 § 72.

3) Allerdings vermeidet es das B.G.B., wie die Motive Bd. 2 S. 156 hervorheben, sich für ein bestimmtes Prinzip, das sog. Einheits- oder das sog. Mehrheitsprinzip auszusprechen. Indem es aber einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Korrealobligation und Solidarschulden nicht anerkennt, verwirft es die Keller-Ribbentropsche Theorie mit ihren Konsequenzen.

4) L. 11 §§ 1 und 2 D. de duobus reis 45, 2.

5) Kom.Prot. Bd. 1, S. 430.

6) Die Begründung einer Gesamtschuld i. S. d. § 427 setzt nicht eine einheitliche Vertragsurkunde oder die zeitliche Einheitlichkeit der Verpflichtung voraus, vielmehr genügt, daß sich ein neuer Schuldner in Beziehung und im Anschluß an eine bestehende Schuld eines andern verpflichtet; vgl.

Bei einseitigen Verträgen ergibt sich die Anwendung leicht. Mehrere Darlehnsschuldner haften solidarisch, ohne Rücksicht darauf, ob und was sie aus dem Darlehn empfangen haben.[7] Bei zweiseitigen Geschäften, insbesondere Verkäufen an mehrere, wird die erkennbare Absicht oft eine andere sein. Haben mehrere einen teilbaren Gegenstand, z. B. eine Schiffsladung Getreide, zusammen für einen Preis gekauft, so daß jeder nur einen Teil der Ladung zu fordern hat, so wird nicht leicht die Absicht sein, daß die Gegenleistung, der Kaufpreis, solidarisch geschuldet werden soll.[8] Sehr häufig wird vielmehr offenbar nur eine Verbindung zweier selbständiger Kaufgeschäfte vorliegen.

Was für den gemeinschaftlichen Vertrag bestimmt ist, muß auch für das einseitige Versprechen gelten,[9] soweit es obligationsbegründend ist, z. B. im Fall der Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber durch mehrere, § 793, [bei einem von mehreren vorgenommenen Stiftungsgeschäft § 82, sowie bei der Auslobung unter den gleichen Voraussetzungen § 657].

Verpflichten sich mehrere mittels getrennter und selbständiger Verträge für dieselbe Schuld unbeschränkt, so trifft zwar § 427 nicht zu, allein es ist hiermit ohne weiteres die Absicht, für das Ganze zu haften, erklärt.

III. Eine Gesamtvertragsschuld kann, wie dies bereits für die römische Korrealobligation angenommen wurde, derart eingegangen werden, daß die Modalitäten der Schuld für jeden der Schuldner verschiedene sind. Es kann z. B. der Leistungsort für jeden der Schuldner ein anderer sein, nicht minder die Zahlungszeit. Der eine Gesamtschuldner kann ferner unbedingt, der andere bedingt haften.[10] Der erste Entwurf,

---

R.O.H.G. Bd. 18 S. 171, 173, R.G. Bd. 51 S. 69. — Auf dem Vertrage beruhen auch die Gewährleistungsansprüche, so daß die mehreren Verkäufer solidarisch haften.

7) Vgl. O.Trib. Bd. 32 S. 349; Striethorst Archiv Bd. 19 S. 246; O.Trib. Bd. 21 S. 421.

8) So jedoch Goldmann und Lilienthal S. 178. — Die Miteigentümer eines Grundstücks haben dieses an X. verkauft. Da der einzelne nicht über das ganze Grundstück zu verfügen berechtigt ist, so ist die übernommene Verpflichtung dahin auszulegen, daß jeder der Verpflichteten, soweit er kraft seines Miteigentums über das gemeinschaftliche Grundstück verfügen kann, zur Auflassung an X. beitragen solle. Eine Solidarverpflichtung ist in solchem Falle nicht anzunehmen, Gruchot Bd. 35 S. 115.

9) And. Anf. Rehbein, B.G.B. Bd. II S. 449, jedoch mit dem Bemerken, daß bei einseitigen Versprechen zwar die Auslegung freien Raum habe, diese aber regelmäßig dahin führen werde, daß jeder die ganze Leistung schulden solle.

10) § 2 J. h. t. 3, 16, l. 7 D. h. t. 45, 2.

§ 322, erklärte dies ausdrücklich. Nur weil die Bestimmung selbstverständlich schien, ließ man sie später weg. Hiernach hört eine Schuld auch dann nicht auf Gesamtschuld zu sein, wenn ausgemacht wird, daß der eine Schuldner erst in Anspruch genommen werden darf, wenn der andere vergeblich ausgeklagt ist.

IV. Sollte durch einen Gesamtakt eine Gesamtschuld begründet werden, so entsteht die Frage, ob die Unwirksamkeit der Verpflichtung des einen der Schuldner, z. B. wegen seiner Minderjährigkeit oder infolge der Anfechtung wegen Irrtums, Betrugs oder Drohung die Ungültigkeit der Verpflichtung des anderen Schuldners zur Folge hat. Es ist dies zu verneinen,[11] [12] denn die Mitverpflichtung bezweckte, das Recht des Gläubigers zu steigern, nicht abzuschwächen. Da dies dem Zwecke des Geschäfts entspricht, darf man annehmen, daß es die Beteiligten auch wollten; hiernach steht § 139 nicht entgegen. Immerhin ist stets nach Lage des einzelnen Falls zu prüfen, ob die Verpflichtung des einen abhängig sein sollte von der Gültigkeit der Verpflichtung des andern.[13]

§ 163. Das Recht der Gesamtschuld.

I. Der Gläubiger ist jedem Gesamtschuldner gegenüber auf das Ganze berechtigt. Er ist daher befugt, den einzelnen Schuldner auf das Ganze zu belangen oder auch, wenn er es vorzieht, jeden auf einen Teil;[1] er darf auch alle auf das Ganze oder auf Teile als Streitgenossen verklagen, § 421.[2] [3] Der Gläubiger ist berechtigt, nach Ausklagung des

---

11) Vgl. l. 6 pr. D. de duobus reis 45, 2 neque enim sub condicione interrogatio in utriusque persona fit, ut ita demum obligetur, si alter quoque responderit. R.G. Bd. 32 S. 333.

12) So ausdrücklich E. I § 322 Abs. 2; gestrichen nur, weil als selbstverständlich erachtet.

13) Vgl. Pr.O.Trib. Bd. 41 S. 46; Striethorst Arch. Bd. 96 S. 252. R.G. Bd. 39 S. 221.

1) Vgl. l. 3 § 1 D. de duobus reis 45, 2. Das beneficium divisionis, von Justinian in unglücklicher Stunde durch die nov. 99 eingeführt, welches so viele Streitfragen veranlaßte, wurde gemeinrechtlich durch R.G. Bd. 12 S. 219 nicht mehr anerkannt. Dem A.L.R. war es fremd. Das B.G.B. weiß nichts von solchem Rechtsbehelf.

2) E. I § 32; Mot. Bd. 2 S. 158.

3) Sind die Gesamtschuldner als Streitgenossen — Z.P.O. § 59 — verklagt, so stehen sie nach Z.P.O. § 61 dem Gläubiger dergestalt als einzelne gegenüber, daß die Handlung des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vorteil noch zum Nachteil gereicht. Es gilt dies namentlich bezüglich der Versäumnis, der Einlegung der Berufung, O.Trib. Bd. 49 S. 56, sowie hinsichtlich des Inlaufsetzens der Rechtsmittelfrist durch Urteilszustellung seitens oder an einen der mehreren Streitgenossen. Bayr. Obst.L.G. v.

einen den anderen zu belangen, ohne daß ihm die Einrede der Rechtshängigkeit entgegensteht;[4] ja er darf dies selbst dann, wenn ein anderer Schuldner bereits verurteilt ist.

Anders war es nach vorjustinianischem Recht, wenigstens bei den Korrealschulden.[5] Damals befreite die Litiskontestation mit dem einen Korrealschuldner die übrigen. Denn mehrfache Verurteilungen auf das Ganze legten in der älteren Zeit die Gefahr doppelter Beitreibung der Schuldsumme nahe. Um diese abzuschneiden, entschloß sich die altrömische Jurisprudenz, Befreiung sämtlicher Korrealschuldner im Fall der Litiskontestation mit einem von ihnen anzunehmen. Damit wurde freilich der Zweck voller Sicherung des Gläubigers wesentlich beeinträchtigt. Bei der Ausbildung der Solidarobligation im engeren Sinn nahm man daher an, daß die Mitschuldner erst durch die Erfüllung seitens des Mitschuldners, nicht durch die Litiskontestation mit ihm befreit würden, Justinian endlich hat dies auch für die Korrealschuld bestimmt. Die Elastizität des späteren und insbesondere auch des heutigen Prozesses, die Rechtsbehelfe, welche auch gegen rechtskräftige Urteile offen stehen, lassen die Gefahr gering erscheinen, daß die selbständige Verurteilung der mehreren Schuldner zur doppelten Beitreibung des Geschuldeten führen kann.

II. Der Zweck der Gesamtschuld bringt es mit sich, daß gewisse Rechtstatsachen sämtliche Gesamtschuldner betreffen — gesamtwirkend — sind, daß aber andere Ereignisse nur die Schuld desjenigen Schuldners betreffen, demgegenüber sie sich vollziehen, so daß sie nicht gesamtwirkend sind, §§ 422—424.[6]

1. Gesamtwirkend ist vor allem die Erfüllung eines der Gesamtschuldner.[7]

Sie tilgt das Recht des Gläubigers gegen alle Gesamtschuldner, aber freilich geht nach § 426 Abs. 2, soweit der erfüllende Schuldner Ausgleichung von den Mitschuldnern verlangen kann, die Forderung auf den Erfüllenden über.

---

7. Juli 1905 Recht 1905 S. 531. Wird ein Gesamtschuldner auf das Ganze verklagt, so kann er nach § 72 Z.P.O. den Mitschuldnern den Streit verkünden, und diese können als Nebenintervenienten beitreten.

4) Vgl. code civil art. 1204.

5) Siehe das Nähere bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 72.

6) E. I §§ 325 ff.; Mot. Bd. 2 S. 158.

7) [Voraussetzung ist jedoch eine definitive Erfüllungsleistung, vgl. des näheren R.G. v. 11. Januar 1906 Recht 1906 S. 293.]

Auch die Erfüllung durch Dritte beendigt das Recht des Gläubigers allen Gesamtschuldnern gegenüber. Es geht aber auf den Erfüllenden über, soweit dies nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen — vgl. z. B. § 268 — Rechtens ist.

2. Wie die Erfüllung ist auch die Leistung an Erfüllungsstatt gesamtwirkend.

3. Das gleiche gilt von der Novation.[8] Sie wird zwar im B.G.B. nicht erwähnt; daß sie aber die Gesamtschuld tilgt, ergibt ihr Begriff.[9] So ist es z. B., wenn gemäß § 607 Abs. 2 eine der Gesamtschulden durch Vereinbarung mit dem Gläubiger in eine Darlehnsschuld verwandelt wird.

4. Gesamtwirkend ist auch die Hinterlegung. So lange sie widerruflich ist, hat sie freilich nur Entkräftung sämtlicher Gesamtschulden durch Einrede zur Folge, so daß sie sämtlich wieder geltend gemacht werden können, wenn der Hinterlegende das Hinterlegte zurücknimmt.

5. Die Erklärung der Aufrechnung wirkt gleichfalls wie Erfüllung, nicht bloß zugunsten des Aufrechnenden, sondern sämtlicher Gesamtschuldner.

Nach römischem Recht konnte der Gesamtschuldner dem Gläubiger gegenüber auch Forderungen seines Mitgesamtschuldners aufrechnen, wenn beide Gesellschafter waren.[10] Hiervon weiß das preußische Recht[11] und der code civil art. 1294 nichts, dem B.G.B. ist dies gleichfalls fremd. Ein Gesamtschuldner ist daher nur befugt, dasjenige aufzurechnen, was er, nicht was die anderen Gesamtschuldner vom Gläubiger zu fordern haben, auch wenn er mit ihnen in einem Gesellschaftsverhältnisse steht, § 422 Abs. 2.

6. Ein Erlaßvertrag zwischen dem Gläubiger und einem der Gesamtschuldner kann verschieden wirken. Er kann entweder bloß diesen oder auch die übrigen Schuldner befreien.[12] [13] Aber das letztere

---

8) Vgl. l. 31 D. de novat. 46, 2.
9) Vgl. oben § 119.
10) L. 10 D. de duobus reis 45, 2.
11) R.G. bei Gruchot Bd. 28 S. 1022.
12) In Rom nahm man an, daß der formale Erlaßvertrag, die Akzeptilation, gesamttilgende Wirkung habe, bei dem pactum de non petendo entschied die Absicht der Vertragschließenden darüber, wieweit es wirkte, l. 2 D. de duobus reis 45, 2, l. 21 § 5 D. de pactis 2, 14; Mitteis in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 445.
13) Entsprechendes gilt von einer Schuldübernahme, welche sowohl zugunsten eines Schuldners als aller Schuldner erfolgen kann. [Erfolgt die Schuldübernahme gemäß § 414 durch Vertrag zwischen dem Gläubiger

ist nur der Fall, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollen. Daß dies beabsichtigt war, hat zu beweisen, wer sich auf die umfassendere Kraft des Erlasses beruft. Vorbehaltlose Quittung und Rückgabe der Schuldurkunden wird den Schluß auf solche Absicht nahe legen.

7. Unmöglichkeit der Leistung für alle Schuldner muß sie notwendig alle befreien; insbesondere gilt dies für den Untergang der geschuldeten Sache. Hat einer der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, so trifft dies den anderen, an und für sich, nach B.G.B. nicht.

8. Der Verzug der Annahme *seitens des Gläubigers* kommt nicht bloß demjenigen Gesamtschuldner zugute, welcher die Leistung angeboten hat, vielmehr wirkt er *zugunsten aller Gesamtschuldner*, § 424.[14]

Mahnt der Gläubiger, nachdem er durch Angebot eines der Gesamtschuldner in Verzug der Annahme gesetzt war, den *anderen* Gesamtschuldner zur Leistung, ohne daß diese erfolgt, so kommt dieser in Verzug des Schuldners. Dies hat aber nach § 425 Abs. 2 keine Wirkung gegenüber den übrigen Schuldnern, insbesondere also auch nicht gegenüber dem Gesamtschuldner, welcher seinerzeit die Leistung erfolglos anbot. So ergibt sich, daß gleichzeitig für eine der Gesamtschulden Verzug des Gläubigers und für die andere Gesamtschuld Verzug des Schuldners vorhanden sein kann.[15]

III. Andere als die bezeichneten Tatsachen wirken in der Regel nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten, § 425 Abs. 1.

Insbesondere wird dies für die *Kündigung*, für die *Mah-*

---

und dem Übernehmer, so wird regelmäßig anzunehmen sein, daß der Übernehmer nach der Absicht der Kontrahenten an die Stelle aller Schuldner treten soll und diese durch die Schuldübernahme befreit werden. Planck Anm. 3 zu § 423.] Auch ein Vergleich kann die entsprechenden Wirkungen haben. Vgl. Bayr. Obst.L.G. v. 18. Januar 1905 in der Samml. f. Entsch. 6 S. 47. — Derjenige, der die Wirkung des Vergleichs über die Personen der Vergleichschließenden hinaus für sich in Anspruch nimmt, hat dies zu beweisen. R.G. v. 5. April 1905 Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1905 S. 303; auch Holdh. Monatsschr. 1905 S. 257. Nur für den Zwangsvergleich gilt nach § 193 K.O., daß durch ihn die Verpflichtungen der Mitschuldner nicht berührt werden.

14) E. I § 326; Mot. Bd. 2 S. 159.

15) Vgl. Planck Anm. 1 a zu § 424, sowie Anm. 1 b, 1 c und 1 d. Dagegen Oertmann § 424 Ziff. 2. Er findet das Ergebnis „wundersam". Mag sein. Indessen folgt es aus den Vorschriften des B.G.B. und ist praktisch nicht unerträglich.

nung, für Verzug,[16] Verschulden,[17] Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, für die Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung,[18] für die Vereinigung der Forderung mit der Schuld[19] und für das rechtskräftige Urteil ausgesprochen,[20] § 425 Abs. 2.

Diese Sätze haben jedoch keine ausnahmslose Geltung, vielmehr kann sich nach § 425 Abs. 1 aus dem Schuldverhältnis eine weitergehende Wirkung ergeben. Vorzugsweise kann dies für die Vertragsgesamtschulden von Bedeutung werden.

Es ist z. B. eine Vereinbarung denkbar, wonach die Kündigung an einen der Gesamtschuldner die Schuld gegenüber allen fällig macht.

Es wird ferner wechselseitige Haftung für Verschulden eines der Gesamtschuldner bei gewillkürten Gesamtschuldverhältnissen oft anzunehmen sein, wenn Handlungen versprochen werden, welche die Mitschuldner gemeinsam übernehmen,[21] z. B. wenn sich zwei Baumeister gemeinschaftlich zur Errichtung eines Gebäudes verpflichten.[22] Auch wenn zwei Personen gemeinsam mieten, z. B. eine möblierte Stube, wird man nach der Natur des Schuldverhältnisses und den Verkehrsanschauungen annehmen, daß jeder Mieter Verschulden des andern zu vertreten hat.

Hiernach schließt sich das B.G.B. namentlich für die Frage, ob Gesamtschuldner für Verschulden ihrer Mitschuldner einstehen, weder der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts an, wonach Korrealschuldner allgemein für das Verschulden ihrer Mitschuldner hafteten,[23] noch folgt es dem A.L.R. I, 5 § 438, welches solche Haftung schlechthin verwirft.

§ 164. Die Ausgleichung unter den Gesamtschuldnern.

I. Hat einer der Gesamtschuldner hierzu genötigt oder freiwillig den Gläubiger befriedigt, so kommt dies den übrigen Gesamtschuldnern

16) Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts stimmt hiermit infolge der l. 32 § 4 D. de usuris 22, 1 überein. Vgl. neuerdings Binder S. 266.

17) Anders die herrschende gemeinrechtliche Lehre nach l. 18 D. de duobus reis 45, 2; vgl. Binder a. a. O.; ebenso code civil art. 1205. Das A.L.R. I, 5 § 438 entschied sich gegen die Gesamtwirkung.

18) Justinian nahm an, daß die Unterbrechung der Verjährung durch einen der Korrealgläubiger oder gegen einen der Korrealschuldner für und gegen alle wirke, l. 4 C. h. t. 8, 39. So auch noch A.L.R. I, 5 § 490; code civil art. 1199, 1206, 2249.

19) So auch l. 71 pr. D. de fidejuss. 46, 1.

20) Gemeinrechtlich war die herrschende Lehre entgegengesetzt. Vgl. hierüber Dernburg, Pand. Bd. 2 § 73 Anm. 16.

21) Vgl. R.G. Bd. 22 S. 315; Striethorst Arch. Bd. 91 S. 93.

22) Vgl. O.L.G. Stettin Recht 1906 S. 748.

23) L. 18 D. de duobus reis 45, 2; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 73 Anm. 5.

zugute. Es fragt sich, ob er hierauf einen Anspruch gegen sie gründen kann? Nach strengem Recht ist dies zu verneinen. Jener Schuldner hat seine Verpflichtung erfüllt; er hat für sich gehandelt, um sich zu befreien, keineswegs um die Geschäfte anderer zu besorgen.

Hiervon ging das römische Recht ursprünglich aus. Es gab daher dem Erfüllenden einen Rückgriff nur wenn er solchen aus seinem Verhältnis zu den übrigen Gesamtschuldnern begründen konnte.[1] So namentlich, wenn sie Gesellschafter waren, oder wenn der Erfüllende als Mitschuldner nur eingetreten war, um dem Mitgesamtschuldner Kredit zu verschaffen.

Dies System entsprach der Logik, bildete aber eine Härte. Daher finden sich bereits im späteren römischen Recht Ansätze, eine Ausgleichung zwischen den Korrealschuldnern herbeizuführen, wenn einer von ihnen den Gläubiger befriedigt hatte. Auf diesem Wege sind neuere Gesetzgebungen, insbesondere A.L.R. I, 5 § 436 und code civil art. 1213 weiter gegangen. Am entschiedensten geschieht dies aber durch B.G.B. § 426,[2] welches dem Gesamtschuldner, der den Gläubiger befriedigt, nicht nur einen Ausgleichungsanspruch gewährt, sondern auch die Forderung des befriedigten Gläubigers überträgt.

II. Nach § 426 Abs. 1 sind *in der Regel die Gesamtschuldner „untereinander zu gleichen Anteilen verpflichtet“*.[3]

Durch das Gesetz wird also eine *rechtliche Gemeinschaft* aller Gesamtschuldner hergestellt, ohne Unterschied, ob die Gesamtschuld auf einem einheitlichen Rechtsgeschäft beruht oder auf selbständigen Rechtsakten. Dies namentlich auch, wenn sie sich aus unerlaubten Handlungen ergibt, mögen sie gemeinschaftlich oder getrennt vorgenommen sein. Nicht einmal vorsätzliche und strafwürdige Schädigungen, an welchen mehrere beteiligt waren, sind ausgenommen.

---

1) Binder a. a. O. § 18. Anderer Ansicht jedoch Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 S. 240; vgl. bei Dernburg, Pand. Bd. 2 § 73 Anm. 17 Angef.

2) E. I § 337; Mot. Bd. 2 S. 169; Kom.Prot. Bd. 1 S. 434, 440.

3) Diese Regreßpflicht kann der Gläubiger nicht ändern. Trotz des dem Schuldner erklärten Erlasses, wodurch dieser dem Gläubiger gegenüber aus der Verbindlichkeit ausscheidet, würde die Regreßpflicht dieses Schuldners bestehen bleiben. Würde der Gläubiger jeden seiner Gesamtschuldner auf den Anteil in Anspruch nehmen, auf welchen die Regreßpflicht des Schuldners sich erstreckt, so würde der Gläubiger, indem er einen der in dieser Weise in Anspruch genommenen Schuldner entläßt, diesen vollständig befreien, § 426 Abs. 1 Satz 2.

Für die Herstellung einer solchen Rechtsgemeinschaft durch das Gesetz fehlt es nicht an Analogien. Dahin gehört die große Haverei, welche sich im Anschluß an die römische lex Rhodia de jactu ausgebildet hat; denn auch hierbei wird eine rechtliche Gemeinschaft von Personen hergestellt, welche derselben Gefahr ausgesetzt sind, so daß derjenige, dessen Habe zur Erhaltung von Schiff und Ladung geopfert wurde, Ausgleichungsansprüche gegen diejenigen hat, welchen jenes Opfer Rettung gebracht hat.

Die rechtliche Gemeinschaft zwischen den Gesamtschuldnern bildet einen wesentlichen Fortschritt gegenüber dem starren Recht. Schade, daß die Ausgleichung, welche man bei den Schuldverhältnissen selbst Räubern und Brandstiftern nicht versagt, im Falle einer sog. Korrealhypothek den Grundeigentümern nicht gewährt werden konnte.[4]

III. Die Folgen der Rechtsgemeinschaft zwischen den Gesamtschuldnern sind tiefgreifende.

1. Jeder der Mitschuldner hat dafür zu sorgen, daß der andere nicht mehr zu leisten hat als auf dessen Anteil entfällt.[5] Er kann daher nach Fälligkeit der Gesamtschuld von seinen Mitschuldnern darauf belangt werden, daß er anteilig dem Gläubiger leiste.

2. Hat einer der Mitschuldner die ganze Schuld oder einen Teil davon[6] erfüllt, so hat er einen Rückgriff gegen die Mitschuldner auf Erstattung, jedoch nur geteilt, falls mehrere Mitschuldner vorhanden sind.

3. Soweit von einem der Gesamtschuldner der von ihm zu erstattende Betrag nicht zu erlangen ist, sei es wegen Zahlungsunfähigkeit, sei es aus anderen Gründen, z. B. wenn ein Gesamtschuldner gestorben ist und sein Erbe nur beschränkt für die Nachlaßschulden haftet, ist nach § 426 Abs. 1 der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen. Es ist selbstverständlich, daß dies nur unter Berücksichtigung des Anteils, welcher auf den Rückgriffsberechtigten fällt, zu geschehen hat, wenn auch das Gesetz hierüber nichts Besonderes bestimmt.

---

4) Vgl. unten Bd. 3 § 231 der 3. Aufl.g.

5) Motive Bd. 2 S. 170.

6) Es ist anzunehmen, daß der Anspruch nicht davon abhängig ist, daß der Mitschuldner mehr als sein Anteil beträgt, geleistet hat, daß vielmehr jede Leistung zu einer selbständigen Ausgleichung berechtigt. So R.O.H.G. Bd. 24 S. 99; Goldmann und Lilienthal S. 182; Planck Anm. 1 Abs. 2 zu § 426.

4. Hat der Rückgriffsberechtigte den Ausfall des auf einen seiner Mitschuldner fallenden Anteils selbst verschuldet, z. B. infolge nachlässiger Prozeßführung oder einer Stundung, welche nicht sachlich gerechtfertigt war, so kann er Ersatz von den übrigen Gesamtschuldnern nicht beanspruchen.[7]

5. [Der Ausgleichungsanspruch ist unabhängig von demjenigen Schuldverhältnis, das zwischen den Schuldnern und den Gläubigern bestand (§ 426 Abs. 1), es wurzelt allein im Gemeinschaftsverhältnis. Der Rückgriffsberechtigte kann sich deshalb auch an denjenigen Mitschuldner halten, dessen Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger aus einem nur ihn betreffenden Grunde erloschen ist, z. B. weil seine Schuld verjährt, weil die gegen ihn gerichtete Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist.[8]]

IV. Die anteilige Verhaftung unter den Gesamtschuldnern tritt nach § 426 Abs. 1 Satz 1 nur ein, „soweit nichts anderes bestimmt ist".

Dies beschränkt sich keineswegs auf den Fall einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien.[9] Anteilige Ausgleichung kann auch dann nicht beansprucht werden, *wenn sie dem Verhältnisse, welches der Gesamtschuld zugrundeliegt, widerspricht*, z. B. weil der Erfüllende in der Tat der am Geschäfte materiell Beteiligte war, der Mitschuldner nur für ihn eintrat, um ihm Kredit zu verschaffen.[10]

In einigen Fällen ist die Ausgleichuugspflicht durch besondere Gesetzesbestimmungen ausgeschlossen, z. B. durch § 840 Abs. 2 und 3, § 841 und § 1833 Abs. 2, wo ein Teil wegen schuldhafter Schädigung, der andere nur wegen Mangels der Aufsicht schadensersatzpflichtig ist. Es ist aber überhaupt die anteilige Haftung unter den Gesamtschuldnern überall da zu verneinen, wo sie der Billigkeit widerstreitet, denn es handelt sich bei der Ausgleichung um einen Rechtssatz, welcher in der Billigkeit seinen Grund hat.[11]

Kein Zweifel also, daß in Fällen sog. unechter Solidarität die Ausgleichung keinen Boden findet,[12] so daß z. B. der Brandstifter, welcher

---

7) Planck § 426 Ziff. 2; Oertmann daselbst Ziff. 3 am Schlusse.
8) [Vgl. namentlich R.G. 69 S. 422 und die dort Angeführten.]
9) Vgl. O.L.G. Jena Recht 1903 S. 504.
10) Vgl. R.G. Bd. 42 S. 36, Bd. 51 S. 69; R.O.H.G. Bd. 1 S. 102, Bd. 2 S. 349, Bd. 3 S. 184, Bd. 6 S. 222; Pr.O.Trib. Bd. 9 S. 335, Bd. 77 S. 26.
11) [Gegen die Hineinziehung des Gesichtspunkts der Billigkeit R.G. 61, 56; die Ausführung mag im gegebenen Falle richtig sein, trifft aber nicht die grundsätzliche Betonung der Billigkeit.]
12) [Zustimmend R.G. 61, 56; 67, 128.]

den Brandschaden ersetzte, keineswegs vom Versicherer, welcher infolgedessen den Schaden nicht zu vergüten hat, die Hälfte des Aufgewendeten beanspruchen kann.

Es ist auch anzunehmen, daß der Täter, welcher den Schaden ersetzt hat, der durch seine unerlaubte Handlung entstanden ist, von seinem Gehilfen oder Begünstiger keinen Anteil zu fordern hat. Das Gegenteil würde die Billigkeit des Gesetzes in Unrecht verkehren.

V. Ist der Gläubiger von einem Gesamtschuldner nicht durch Leistung des Schuldgegenstandes, durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung, sondern durch Hingabe an Erfüllungsstatt befriedigt, so hat dieser gleichfalls zweifelsohne einen Anspruch gegen die Mitschuldner auf Ausgleichung. Dieser Anspruch geht aber selbstverständlich nie auf einen höheren Betrag, als er bei Erfüllung des Schuldgegenstandes zu beanspruchen hätte, auch wenn das Angegebene etwa mehr wert gewesen wäre. Aber auch mehr als der Wert des Angegebenen betrug, wird der an Erfüllungsstatt Leistende von den übrigen Gesamtschuldnern nicht zu fordern haben.

Entsprechend wird der Fall zu behandeln sein, in welchem einer der Gesamtschuldner Befreiung von der Gesamtschuld für alle gegen ein Vermögensopfer erwirkte. Hat er ein solches Opfer nicht gebracht, so wird der Umstand allein, daß der Gläubiger ihm gegenüber die Schuld zugunsten aller erließ, einen Anspruch gegen die Mitgesamtschuldner nicht begründen.

VI. Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des abgefundenen Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über, § 426 Abs. 2 Satz 1.[18] Dies hat den Zweck, dem Erfüllenden Sicherheiten, welche den Gläubiger deckten, behufs Geltendmachung seines Ausgleichungsanspruchs zu verschaffen.

Quantitativ soll ihm der Übergang der Gläubigerforderung nicht mehr gewähren, als ihm der Ausgleichungsanspruch verschafft.[14]

---

13) [Dieser Übergang vollzieht sich kraft Gesetzes ohne Zutun des Gläubigers, ein Abtretungsanspruch irgendwelcher Art besteht nicht. Vgl. R.G. v. 3. Mai 1902 Sächs. Arch. Bd. 12 S. 729.]

14) Selbst dann, wenn der befriedigte Gläubiger dem Schuldner eine Zession über die ganze Forderung erteilen würde, könnte der Gesamtschuldner Rechte über den § 426 hinaus nicht erlangen. Vgl. Kam.Ger. Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 5 S. 333. Würde dem Zessionar auf Grund des § 727 Z.P.O. eine Vollstreckungsklausel für das vom Zedenten erstrittene Urteil erteilt, so könnten die Mitschuldner, soweit eine Vollstreckung über den § 426 hinaus stattfinden würde, die Klage aus § 767 Z.P.O. erheben.

Daher ist anzunehmen, daß die Forderung des abgefundenen Gläubigers nicht als eine solidarische, sondern als eine unter seinen Mitschuldnern geteilte, auf ihn gelangt.[15]

Zum Nachteil des Gläubigers kann der Übergang nicht geltend gemacht werden, § 426 Abs. 2 Satz 2. Insbesondere hat hiernach bei teilweiser Befriedigung des Gläubigers die dem Gläubiger verbleibende Restforderung den Vorrang vor dem Teile, der auf den Schuldner übergegangen ist. Dies ist z. B. im Konkurse des Mitschuldners, ferner für den Fall von Erheblichkeit, wenn dem Gläubiger ein Pfand bestellt ist.

§ 165. Gesamtforderungen.

I. Von Gesamtgläubigern spricht das B.G.B. § 428, falls *jeder von mehreren Gläubigern* eine Leistung selbständig zu fordern hat, die Leistung aber gegenüber allen die Schuld tilgt.[1]

Die Bezeichnung als Gesamtgläubiger ist auffallend. Denn nicht ein Gesamtrecht liegt vor, sondern ein völlig selbständiges Recht eines jeden der Gläubiger. Nach innen kann ein Gesamtrecht bestehen, aber notwendig ist auch dies nicht.

Sehr verschieden ist das *gemeinschaftliche Gläubigerrecht*, welches mehreren Gläubigern zusammen zusteht. Dies Recht ist praktisch von größerer Bedeutung als das der Gesamtgläubigerschaft.

II. Das Verhältnis der *Gesamtgläubiger* kann

a) durch Vertrag begründet werden. Es kann dies vorkommen in Fällen sog. Innengesellschaft. Denkbar ist es auch, daß es auf Vertretung beruht, indem man dem Vertreter nach außen hin die volle Legitimation als Gläubiger einräumt.

Wenn aber mehrere mittels Vertrags ein Forderungsrecht gemeinsam begründen, so werden sie im *Zweifel nicht Gesamtgläubiger*, § 420. Ob sie Teilgläubiger oder gemeinschaftliche Gläubiger werden, ist nach dem unterliegenden Verhältnis zu beurteilen.

---

15) [So auch hinsichtlich des Erstattungsanspruchs eines der mehreren Auftraggeber eines Rechtsanwalts, der die gesamten Gebühren, insbesondere die durch die Wahrnehmung eines auswärtigen Termins entstandenen Reisekosten des Rechtsanwalts berichtigt hat, gegen die übrigen Auftraggeber O.L.G. Celle v. 3. Dezember 1902 Recht 1903 S. 42; vgl. O.L.G. Kiel v. 6. Januar 1905 Seuff.Arch. Bd. 60 S. 375.]

1) Das römische Recht kannte die Gesamtforderung, insbesondere die aktive Korrealobligation in ähnlicher Weise wie das B.G.B. Das A.L.R. I, 5 § 450 kannte nur die gemeinschaftliche Obligation.

b) Gesamtgläubiger werden mehrere infolge Vermächtnisses nach § 2151, wenn mehrere derart mit dem Vermächtnisse bedacht sind, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wem von ihnen das Vermachte zukommen soll, und diese Bestimmung unterbleibt. Der Vermächtnisnehmer, welcher das Vermachte bezieht, ist im Zweifel nicht zur Teilung verpflichtet.

c) Es kommt auch vor, daß das Gesetz mehrere zu Gesamtgläubigern macht.[2]

§ 166. Rechtsverhältnisse der Gesamtforderung.

I. Jeder der mehreren Gläubiger ist befugt, selbständig die volle Leistung einzuklagen oder nach seinem Belieben auch nur einen Teil, wie wenn er der alleinige Gläubiger wäre.[1]

Nach gemeinem Rechte schloß die Klageerhebung des einen der Gläubiger die übrigen Gläubiger aus, es galt also das sog. Präventionsprinzip. Der Schuldner konnte fortan nur noch demjenigen Gläubiger erfüllen, welcher die Klage erhoben hatte.[2]

Anders nach B.G.B. Die Klageerhebung seitens des einen Gläubigers hindert den andern nicht, vom Schuldner auch seinerseits den Schuldgegenstand einzuklagen. Es können daher auch rechtskräftige Erkenntnisse zugunsten eines jeden der Gesamtgläubiger ergehen und jeder kann die Zwangsvollstreckung betreiben.

Andererseits kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Dies gilt auch dann, wenn ein anderer Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat, § 428.

Unerwünschte Folgen müssen sich hieraus namentlich dann ergeben, wenn die Gesamtgläubiger nicht untereinander zur Ausgleichung verpflichtet sind, denn der Schuldner kann dann die Gläubiger in Schach halten durch die Drohung, daß er nicht demjenigen erfüllt, welcher klagt, sondern demjenigen, welcher nicht klagt.

Selbstverständlich ist das Recht des Schuldners, nach seinem Belieben an einen der Gläubiger zu leisten, dadurch nicht ausgeschlossen, daß er einem andern Gläubiger bereits eine Teilleistung machte.

---

2) Fälle, die hierher gehören, begründen §§ 525 Abs. 2, 2194.

1) Die Ungültigkeit der Berechtigung des einen Gläubigers ist für die Berechtigung des andern Gläubigers ohne Einfluß.

2) L. 16 D. de duobus reis 45, 2.

II. Für die Frage, welche Ereignisse bezüglich der Gesamtforderung gesamtwirkend sind, welche nicht, sind im allgemeinen dieselben Rechtssätze wie bei der Gesamtschuld maßgebend, § 429 Abs. 3. Hieraus ergibt sich, daß gesamtwirkend ist

1. die Erfüllung und die Hingabe an Erfüllungsstatt,

2. die Aufrechnung. Entsprechend § 422 Abs. 2 kann der Schuldner zwar einem Gesamtgläubiger gegenüber nur die ihm gegen diesen, nicht die gegen einen anderen Gesamtgläubiger zustehende Forderung aufrechnen. Er ist aber befugt, gegenüber diesem anderen Gläubiger die Aufrechnung zu erklären, § 388. Damit ist seine Schuld gegenüber allen Gläubigern erloschen.[3]

3. Nicht minder ist die Hinterlegung gesamttilgend, wenn die Zurücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen ist. Aber auch die zurücknehmbare Hinterlegung muß notwendig, solange das Hinterlegte nicht zurückgenommen ist, eine Einrede gegenüber allen Gesamtgläubigern geben, sonst wäre der Rechtssatz, daß der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten kann, illusorisch.[4]

4. Ein zwischen dem Schuldner und einem der Gesamtgläubiger abgeschlossener Erlaßvertrag oder Vergleich wirkt je nach der Absicht der Vertragschließenden entweder nur unter ihnen oder auch gegenüber den übrigen Gläubigern. [Das gleiche gilt auch hinsichtlich einer nur von einem Gesamtgläubiger vereinbarten oder genehmigten Schuldübernahme.[5]]

5. Gesamtwirkend ist notwendig auch eine in diesem Sinn abgeschlossene Novation, z. B. die Vereinbarung mit einem der Gläubiger, daß diesem das infolge der Gesamtforderung geschuldete Geld als Darlehn geschuldet werden solle, § 607 Abs. 2.

6. Verschuldet ein Gesamtgläubiger die Unmöglichkeit der Leistung,

---

3) Selbst dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage erhoben hat, kann der Schuldner die Aufrechnung einem Mitgläubiger erklären und dem Kläger den Einwand der Tilgung des eingeklagten Anspruchs entgegensetzen.

4) Anderer Ansicht Planck § 429 Ziff. 1, welcher ausführt: „Das dem Schuldner nach § 379 zustehende Recht, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen, kann ihm nur gegen denjenigen Gläubiger zustehen, für welchen die Hinterlegung erfolgt ist; die anderen Gesamtgläubiger sind nicht berechtigt, das Hinterlegte anzunehmen, sie können daher auch nicht darauf verwiesen werden." Dies ist unzweifelhaft richtig, bleibt aber bei dem Wortlaute des § 379 stehen und trifft den Kern der Sache nicht.

5) Vgl. des näheren Planck Anm. 3 zu § 429, dort auch abweichende Ansichten sowie oben § 162 Z. 6.

so wird der Schuldner befreit. Wegen etwaigen Schadensersatzes kann er sich nur an den Gläubiger halten, der das Verschulden begangen hat.

III. Nicht für und gegen die übrigen Gläubiger wirkt

1. die Kündigung seitens eines Gesamtgläubigers. Seine Forderung wird durch sie fällig, diejenige der Mitgläubiger wird dies nicht.

2. Gleiches gilt für die Mahnung seitens eines der Gläubiger. Der nur einem Gesamtgläubiger gegenüber eingetretene Verzug des Schuldners gibt den übrigen Gläubigern keine Rechte.[6] Der Schuldner ist befugt, ihnen gegenüber die geschuldete Leistung zu bewirken, wie wenn ein Verzug nicht vorgekommen wäre. Der Anspruch des Gläubigers, welcher vergeblich gemahnt hat, ist freilich damit erledigt. Die ohnehin geringe praktische Brauchbarkeit unseres Rechtsgebildes wird hiermit noch weiter vermindert.

3. Die Verjährung des Rechts eines Gesamtgläubigers, deren Hemmung und Unterbrechung ist für die übrigen Gläubiger ohne Wirkung.

4. Das zwischen einem der Gesamtgläubiger und dem Schuldner ergangene rechtskräftige Urteil wirkt weder für noch gegen die übrigen Gläubiger.

5. [Tritt einer der Gläubiger seine Forderung an einen anderen als den Schuldner (darüber vgl. unten IV, 2) ab, so werden dadurch die Rechte der übrigen Gläubiger nicht berührt. Vielmehr tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen.]

Wie bezüglich der Gesamtschuld können bezüglich der Gesamtforderung durch das Schuldverhältnis Ereignisse, welche in der Regel nur subjektiv wirken, zu gesamtwirkenden gemacht werden.

IV. In doppelter Hinsicht ist für die Gesamtforderung von den Vorschriften über die Gesamtschuld Abweichendes angeordnet.

1. Gerät einer der Gesamtgläubiger in Verzug, so schadet dies auch den übrigen Gesamtgläubigern, § 429 Abs. 1.

Sind die Gesamtgläubiger untereinander, z. B. durch Gesellschaftsverhältnis, verbunden, so ist dies wohl gerechtfertigt, andernfalls kann hierin eine Härte liegen. So namentlich, wenn der Erbe einem der

---

6) Hat aber der Schuldner nach Eintritt seines Verzugs das volle Interesse dem Gläubiger geleistet, so kann ein Mitgläubiger die Leistung nicht mehr verlangen. Denn das volle Interesse ist das Surrogat der Leistung.

7) Planck Anm. 7 zu § 429.

alternativ berechtigten Vermächtnisnehmer das Vermachte, z. B. ein Pferd, vergeblich angeboten hat, und dieses nachher infolge Fahrlässigkeit des Erben zugrunde ging.

2. Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner, §429 Abs. 2. Vom praktischen Standpunkt aus läßt sich hiergegen nichts erinnern. Daß bei Gesamtschuldverhältnissen die Behandlung die entgegengesetzte ist, ist gleichfalls in der Sache wohl begründet.

Die Vereinigung kann übrigens auch durch Abtretung der Gesamtforderung an den Schuldner eintreten.[8]

V. Nach §430 soll eine Rechtsgemeinschaft unter den Gesamtgläubigern angenommen werden, sofern nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist. Dies ist namentlich im Fall eines mehreren wahlweise zugewendeten Vermächtnisses nach §§ 2151, 2152 der Fall.

In der Regel ist aber der Gesamtgläubiger, welcher die Leistung erhalten hat, verpflichtet, den anderen Gesamtgläubigern einen verhältnismäßigen Anteil des Erhaltenen herauszugeben.

Hat ein Gesamtgläubiger bloß seinen Anspruch erlassen, so berührt dies die übrigen Gläubiger an und für sich nicht. Hat er das Gesamtrecht erlassen, so wird er ihnen in der Regel auf den Anteil haftbar, welcher auf sie ohne den Erlaß entfallen wäre. [Das gleiche gilt, wenn der Schuldner durch einen Vergleich mit einem der Gesamtgläubiger oder durch eine von einem Gesamtgläubiger vereinbarte oder genehmigte Schuldübernahme oder durch Vereinigung von Schuld und Forderung in der Person eines Gesamtgläubigers gegenüber allen Gläubigern befreit ist.[9]]

Im Fall einer Annahme an Zahlungsstatt durch einen der Gläubiger können die übrigen ihren Anteil am ursprünglich Geschuldeten herausverlangen, wie wenn Erfüllung geleistet wäre. Dies kann aber nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677 und 680, erhebliche Einschränkung erfahren.

§ 167. Gemeinschaftliche Forderungsrechte.

I. In zahlreichen Fällen sind Forderungsrechte gemeinschaftlich. Dies ist z. B. bei der Gesellschaft[1] des B.G.B. §§ 709, 718, der

8) Vgl. Stammler a. a. O. S. 261.
9) Planck Anm. 2 zu §430.

Erbengemeinschaft, § 2039, bei der Gütergemeinschaft nach deren Auflösung bis zur Auseinandersetzung, § 1472, der Fall.[2]

II. Ein gemeinsames Forderungsrecht besteht ferner, wenn mehrere Gläubiger, ohne Gesamtgläubiger zu sein, eine unteilbare Leistung zu fordern haben.[3] Für diesen Fall gibt § 432[4] nähere Bestimmungen.

1. Der Schuldner kann nur an die Gläubiger gemeinschaftlich leisten, jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern.

2. Es wird aber nicht verlangt, daß sämtliche Gläubiger gemeinschaftlich klagen. Vielmehr ist jeder selbständig zur Klage auf Leistung berechtigt, aber auf Leistung an alle.

3. Es kann sein, daß die Leistung ohne weiteres, wenn vollzogen, allen zugute kommt, z. B. die Reinigung oder Reparatur eines gemeinsamen Hauses. Sonst ist dafür besondere Vorkehrung zu treffen, daß die Leistung allen zugute kommt.

Handelt es sich um Herausgabe einer Sache, so ist sie auf Verlangen eines Gläubigers[5] für alle Gläubiger zu hinterlegen. Soweit sie nicht hinterlegungsfähig ist, ist sie an einen gemeinsamen Verwahrer abzuliefern.[6]

4. Eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, wirkt nach § 432 Abs. 2 nicht für und gegen die übrigen Gläubiger.[7]

Daher ist insbesondere Kündigung bloß an einen Gläubiger nicht ausreichend; ebensowenig Kündigung wie auch Erlaß durch einen der

---

1) Auch bei der offenen Handelsgesellschaft ist die Berechtigung der Gesellschafter eine gemeinschaftliche.

2) Nach § 1011 kann jeder Miteigentümer den Anspruch auf Herausgabe der Sache nur gemäß § 432 geltend machen. — Vgl. ferner § 1077 über das Verhältnis von Gläubiger und Nießbraucher einer Forderung, ferner § 1281 über das Verhältnis von Gläubiger und Pfandgläubiger einer verpfändeten Forderung.

3) Vgl. hierüber oben § 47.

4) E. I § 339; Mot. Bd. 2 S. 171; Kom.Prot. Bd. 1 S. 433, 446.

5) Erhebt keiner der Gläubiger einen Anspruch auf Hinterlegung, so kann der Schuldner nur dann mit befreiender Wirkung hinterlegen, wenn ein Hinterlegungsgrund im Sinne des § 372 gegeben ist.

6) Der Verwahrer ist nach § 165 R.Ges. über freiw. Ger. von dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sich die Sache befindet, zu bestellen.

7) Hat einer der Gläubiger einen Betrug verübt, so steht dem Schuldner das Recht der Anfechtung des ganzen Vertragsverhältnisses zu, mögen auch die Mitgläubiger redlich gewesen sein. Dies folgt aus der Gemeinschaftlichkeit der den Gläubigern zustehenden Forderung. Vgl. die landrechtl. Entschdg. R.G. Bd. 40 S. 243.

Gläubiger. Es muß Kündigung der übrigen Gläubiger, Erlaß durch sie, Kündigung an die übrigen Gläubiger hinzukommen, damit die beabsichtigte Rechtswirkung eintritt.

Auch Annahmeverzug des einen Gläubigers schadet den übrigen Gläubigern nicht.[8 9]

Ein rechtskräftiges Urteil zugunsten eines der Gläubiger ferner gibt nur ihm das Recht, die Leistung an alle beizutreiben, das Urteil zuungunsten des einen Gläubigers behindert die übrigen Gläubiger nicht, die Leistung an alle einzuklagen.

5. Die Verhältnisse zwischen den gemeinschaftlichen Gläubigern bestimmen sich nach dem zugrunde liegenden Verhältnis.

Daß im Zweifel gleiche Anteile anzunehmen sind, entspricht § 742. Wie sollte dies auch anders sein?

6. Tritt an Stelle der unteilbaren Leistung ein Ersatzanspruch in Geld, so tritt Teilung ein. Jeder Gläubiger kann nur sein Interesse verlangen.[10]

---

8) Anders Cosack S. 383; Goldmann und Lilienthal S. 178; Planck zu § 432 Ziff. 2. Dagegen Oertmann § 432 Ziff. 3: „Bei dem allgemeinen Wortlaut des Abs. 2 wird die bloß subjektive Wirkung anzunehmen sein."

9) Bietet aber der Schuldner die Leistung an alle an, so geraten alle Gläubiger in Verzug, wenn auch nur ein Gläubiger nicht annimmt.

10) E. I § 341 bestimmte so ausdrücklich. Dies wurde zwar von der zweiten Kommission, Prot. Bd. 1 S. 444, gestrichen, jedoch nur mit Rücksicht auf die Schuld, nicht auf die Forderung einer unteilbaren Leistung.

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. d. S.

Das bürgerliche Recht

des

Deutschen Reichs und Preußens

von

Dr. Heinrich Dernburg,
weil. Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin.

Erster Band: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Dritte Auflage. ℳ 12,—, geb. ℳ 14,—.

Zweiter Band: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens.

Erste Abteilung: Allgemeine Lehren. Vierte Auflage, bearbeitet von O. L. G. Senats-Präsidenten Prof. Dr. A. Engelmann. ℳ 9,—, geb. ℳ 11,—.

Zweite Abteilung: Einzelne Obligationen. Dritte Auflage. ℳ 16,—, geb. ℳ 18,—.

Dritter Band: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens. Vierte Auflage. ℳ 20,—, geb. ℳ 23,—.

Vierter Band: Deutsches Familienrecht. Vierte Auflage. ℳ 12,—, geb. ℳ 14,—.

Fünfter Band: Deutsches Erbrecht. Zweite Aufl. ℳ 12,—, geb. ℳ 14,—.

Sechster Band: Urheber-, Patent-, Zeichenrecht; Rechtsverfolgung. Herausgegeben und zu Ende geführt von Professor Dr. Jos. Kohler. 1. Abteilung. ℳ 4,80. (Erscheint in etwa drei Abteilungen bis Ende 1909.)

I. Ergbd.: Bayerisches Landesprivatrecht von Prof. Dr. P. Oertmann. ℳ 13,—, geb. ℳ 15,—.

II. Ergbd.: Elsaß-Lothringisches Landesprivatrecht von Professor Dr. W. Kisch. ℳ 24,—, geb. ℳ 27,—.

III. Ergbd.: Sächsisches Landesprivatrecht von Oberfinanzrat Dr. R. Kloß. Zweite Auflage. ℳ 10,—, geb. ℳ 12,—.

IV. Ergbd.: Badisches Landesprivatrecht von Landgerichtspräsident Dr. E. Dorner und Professor Dr. A. Seng. ℳ 18,—, geb. ℳ 20,—.

V. Ergbd.: Landesprivatrecht der Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz von Konsistorialdirektor, Wirkl. Geh. Legationsrat Dr. G. von Buchka. ℳ 6,—, geb. ℳ 8,—.

VI. Ergbd.: Hamburgisches Landesprivatrecht von Landrichter Dr. A. Nöldeke. ℳ 22,—, geb. ℳ 25,—.

VII. Ergbd.: Landesprivatrecht der Thüringischen Staaten in Verbindung mit Reichsgerichtsrat Dr. Porzig, Oberlandesgerichtsrat Stichling und Oberlandesgerichtsrat Geheimrat Dr. Unger herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Böckel (erscheint 1909).

VIII. Ergbd.: Württembergisches Landesprivatrecht (erscheint im Jahre 1910).

IX. Ergbd.: Hessisches Landesprivatrecht (erscheint im Jahre 1910).

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Halle a. d. S.

Das Bürgerliche Gesetzbuch

unter Berücksichtigung
der gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs.

Hand-Kommentar

in Verbindung mit
Dr. E. Neukirch, Rechtsanwalt, **Dr. A. Rosenmeyer**, Rechtsanwalt, **Dr. H. Telgmann**
herausgegeben von
Dr. B. Wolf,
Landrichter in Elberfeld.

Neue Ausgabe unter Berücksichtigung der Novellen von 1908.

XVI u. 654 Seiten holzfreies Papier. Lex. 8°. Preis gebunden M. 14,—.

Zufolge amtlicher Verfügung ist dieser Handkommentar teils für die Amtsgerichte angekauft worden, teils den Gerichten die Anschaffung empfohlen worden.

Einige Stimmen der Presse.

Der in einem Bande erschienene Handkommentar des BGB. bildet eine **für den Praktiker überaus erfreuliche Neuerscheinung der Kommentierungskunst.** Er übertrifft die gebräuchlichen Handbücher, indem er in einem handlichen Bande eine **vollständige Übersicht über die reichhaltige Judikatur** gewährt und die schnellste Orientierung über den Stand der Rechtsprechung gewährt. Auf eine kurze und verständliche Wiedergabe des Inhalts der zitierten Entscheidungen ist große Sorgfalt verwendet. Ihre Einteilung ist übersichtlich. Sie sind den Gesetzesabschnitten vorangestellt, soweit sie einen allgemeinen Inhalt haben; sonst sind sie zu den Paragraphen gestellt, auf welche sie Bezug haben, die überall mit Verweisungen auf die an anderer Stelle mitgeteilten Entscheidungen versehen sind. **Diese zahlreichen Vorzüge des Buches werden es bald zu einem beliebten Hilfsmittel der Praxis machen.**

Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts.

Das Werk soll eine Stellung zwischen den umfangreichen Kommentaren und den Handausgaben mit kurzen Anmerkungen einnehmen, indem es einmal die gesamte Rechtsprechung der obersten Gerichte in gedrängtem Auszuge unter Anziehung von Parallelstellen des Reichs- und Preuß. Landesrechts darstellt, andererseits aber auch in kurzen Leitsätzen die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die Literatur berücksichtigt. **Dieser Plan ist in trefflichster Weise zur Ausführung gebracht. Die Rechtsprechung ist in einer außerordentlichen Reichhaltigkeit wiedergegeben, ohne daß Klarheit und Übersicht leidet.** Die Stellungnahme zu Streitfragen in Literatur und Praxis und der stete Hinweis auf die Beziehung der Einzelbestimmung zum gesamten Rechtssystem **heben das Buch über eine bloße Kompilation hinaus und geben ihm selbständige literarische Bedeutung.** Die Verfasser haben mit dem Werk Richter und Anwalt ein **vorzügliches Werkzeug geschaffen,** das nicht nur eine Hilfe in der Not des Augenblicks gewährt, sondern auch bei einer eingehenderen Prüfung von Spezialfragen die erste Arbeit der Erlangung einer zuverlässigen Übersicht über den Stand der Rechtsprechung wesentlich erleichtert.

Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.

Für den Praktiker mag das Bedürfnis nach einer handlichen, die Judikatur der einzelnen Paragraphen sorgfältig zusammenstellenden und dadurch eine **rasche Orientierung** ermöglichenden Ausgabe des BGB. bestanden haben, und wenn dem so ist, so erscheint das hier angezeigte Werk seinem Inhalte wie seiner typographischen Ausstattung nach **durchaus geeignet,** dieses Bedürfnis zu befriedigen. Besondere Anerkennung verdient das gründlich gearbeitete Sachregister.

Jur. Literaturblatt.

Der Kommentar zeichnet sich vor allem durch **große Übersichtlichkeit** aus. **Knapp und klar** sind die Vorbemerkungen zu einzelnen Abschnitten, gut systematisiert die Zusammenstellungen der Auszüge aus den reichsgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Entscheidungen. Diese Auszüge sind überdies **deutlich und prägnant.** Das Werk hat sich namentlich im Sitzung- und Beratungszimmer als ein guter Wegweiser erwiesen.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.

Buchdruckerei des Waisenhauses in Halle a. d. S.